

الضوابط الفقهية في الشركات وتطبيقاتها المعاصرة

إعداد

عبير ربحي شاكر قدومي

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة الفقه في
الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

أيار ٢٠١٠

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع.....التاريخ.....

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (الضوابط الفقهية في الشركات وتطبيقاتها المعاصرة) وأجيزت في

٢٠١٠/٥/١٣

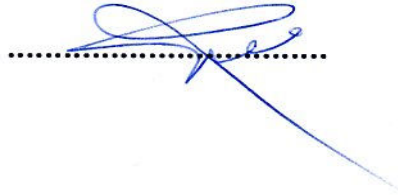
التوقيع



أعضاء لجنة المناقشة

أ.د محمود السرطاوي، مشرفا

(الجامعة الأردنية)




أ.د محمد حسن أبو يحيى، عضوا

(الجامعة الأردنية)



أ.د محمد القضاة، عضوا

(الجامعة الأردنية)



د.خالد بني أحمد، عضوا

(جامعة مؤتة)

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع.....التاريخ.....٥/٥/١٠

الإهداء

إلى من كانا يلهجان بالدعاء سائلين الله تعالى أن يتم هذا العمل ويرى النور؛ والديّ العزيزين أمد الله في عمرهما وحفظهما من كل سوء.

إلى من ساندني وكان معي في فرحي وحزني وقاسمني عملي هذا صبرا وحباً واعتزازاً؛ عائلتي التي أفخر بامتدادي وانتسابي لها .

إلى كل مسلم يعمل على تحقيق مقصد الشرع في الاستخلاف بالمال حفظاً وتنمية، وإدراكاً لخطورة ما بيده من سلاح؛ أقدم له لبنة أصح معه فيها المسار .

الشكر والتقدير

"وكان فضل الله عليك عظيماً"^(١)

نعم كان فضله تعالى عليّ عظيماً أن قضى لي بموافقة الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي على الإشراف على هذه الدراسة، والذي كان لسعة صدره وصبره أولاً، وسديد رأيه وصدق نصيحته الأثر الواضح واليد الفضلى في إخراج هذه الأطروحة، فجزاه الله عني وعن كل من انتفع بها كل خير.

وكان فضله تعالى عظيماً أن سخر لي موافقة كوكبة من أساتذتي الفضلاء الذين تتلمذت على أيديهم، الأستاذ الدكتور محمد أبو يحيى أستاذي في مرحلة الماجستير، والأب الناصح والمرشد الأمين فجزاه الله كل خير.

وأشكر كذلك أستاذي العزيز الدكتور محمد القضاة والذي كان لصدق مشاعره ودوام متابعته وإنسانيته عميق الأثر في دعمي وبث روح المثابرة، فجزاه الله كل خير.

كما أشكر الدكتور خالد بني أحمد والذي ما تردد بالموافقة على المشاركة بالمناقشة مع ضيق الوقت، فجزاه الله كل خير.

وأشكر كل من ساندني ومد يد العون والنصيحة وأرشدني إلي ما في الخير ممن أذكر فضلهم ومن غاب عني ذكرهم، ولا أملك لهم إلا أن أسأل الله أن يجزيهم خيراً عني وأن يشركهم في أجري، إنه خير مسئول وأعظم قدير.

(١) سورة النساء : الآية ١١٣ .

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	شكر وتقدير
هـ	فهرس المحتويات
ط	الملخص
١	المقدمة
٦	الفصل التمهيدي:
٧	المبحث الأول: الضابط الفقهي مفهومه وعلاقته بالمصطلحات ذات الصلة.
٢٥	المبحث الثاني: الضوابط الفقهية مصادرها، وحجيتها، وأهميتها.
٣١	المبحث الثالث: الشركات مفهومها، وأهميتها.
٤٩	الفصل الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بمقومات عقد الشركة :
٥٠	المبحث الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بصيغة عقد الشركة.
٦٧	المبحث الثاني: الضوابط الفقهية ذات الصلة بالعاقدين.
٧٨	المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في محل عقد الشركة.
٧٩	المطلب الأول: ضوابط رأس المال .
٨٠	الفرع الأول: ضوابط ما يصح أن يكون رأس مال في الشركة.
١١٢	الفرع الثاني: الضوابط الفقهية في ما يجب مراعاته في رأس المال.
١٣١	المطلب الثاني: الضوابط الفقهية في محل العقد العمل.

١٤١	الفصل الثاني: الضوابط الفقهية في إدارة الشركة :
١٤٢	المبحث الأول: الضوابط الفقهية في شركة العقد.
١٤٢	المطلب الأول: ضوابط فقهية عامة.
١٤٦	المطلب الثاني: ضوابط شركة الأموال :
١٦٢	الفرع الأول: ضوابط شركة العنان.
١٧٥	الفرع الثاني: ضوابط شركة المفاوضة.
١٨٤	المطلب الثالث: الضوابط الفقهية في شركة الأعمال.
١٩٥	المطلب الرابع: الضوابط الفقهية في شركة الوجوه.
١٩٩	المطلب الخامس: ضوابط الشركات المساهمة.
٢٠٧	المطلب السادس: ضوابط خاصة بالشركات المعاصرة.
٢١٦	المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في شركة المضاربة.
٢١٥	المطلب الأول: الضوابط المتعلقة برب المال، ورب العمل:
٢١٥	الفرع الأول: الضوابط الفقهية ذات الصلة برب المال.
٢٢٠	الفرع الثاني: الضوابط الفقهية المتعلقة بالعمل.
٢٣٢	المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بأحكام شركة المضاربة:
٢٣٢	الفرع الأول: ضوابط موضوع عقد المضاربة.
٢٣٣	الفرع الثاني: ضوابط أنواع المضاربة.
٢٤٥	المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في المساقاة والمزارعة:
٢٤٧	المطلب الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بالعمل.
٢٤٥	المطلب الثاني: الضوابط الفقهية في العمل:

٢٤٦	الفرع الأول: الضوابط الفقهية في ماهية عمل المزارع والمساقى.
٢٥١	الفرع الثاني: ضوابط عمل المالك في المزارعة والمساقاة .
٢٥٥	المطلب الثالث: الضوابط الفقهية في أحكام وشروط عقدي المزارعة والمساقاة
٢٦٠	الفصل الثالث: الضوابط الفقهية المتعلقة بالربح والخسارة:
٢٥٩	المبحث الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بالربح.
٢٦٢	المطلب الأول: ضوابط عامة بالربح.
٢٧٤	المطلب الثاني: ضوابط الربح الخاصة ببعض الشركات.
٢٧٤	الفرع الأول: ضوابط الربح في الشركة الفاسدة.
٢٧٩	الفرع الثاني: ضوابط الربح في شركة الأعمال.
٢٨٢	الفرع الثالث: ضوابط الربح في شركة الوجوه.
٢٨٣	الفرع الرابع: ضوابط الربح في شركة المضاربة.
٢٨٨	الفرع الخامس: ضوابط الربح في المزارعة.
٢٩١	المبحث الثاني: الضوابط الفقهية المتعلقة بالخسارة.
٢٩١	المطلب الأول: ضوابط عامة في الخسارة .
٢٩٥	المطلب الثاني: ضوابط الخسارة الخاصة ببعض الشركات:
٢٩٥	الفرع الأول: ضوابط الخسارة في شركة الأعمال.
٢٩٦	الفرع الثاني: ضوابط الخسارة في شركة الوجوه.
٢٩٧	الفرع الثالث: الضمان في الشركة والمضاربة.
٣٠٠	الفصل الرابع: الضوابط الفقهية المتعلقة بانتهاء الشركة:
٣٠١	المبحث الأول: الضوابط العامة لانتهاء الشركات.

٣٠١	المطلب الأول: فسخ الشركة.
٣٠٩	المطلب الثاني: طرء عوارض الأهلية:
٣١٠	الفرع الأول: الموت.
٣١٣	الفرع الثاني: الجنون .
٣١٤	الفرع الثالث: الردة .
٣١٥	المطلب الثالث: إخلال أحد الشركاء بشروط الشركة.
٣١٧	المبحث الثاني: الضوابط الخاصة بانتهاء بعض أنواع الشركات.
٣١٧	المطلب الأول: انتهاء المدة في الشركات المؤقتة.
٣٢٢	المطلب الثاني: هلاك المال في الشركة.
٣٢٤	المطلب الثالث: الشركة الفاسدة.
٣٣٣	الخاتمة والتوصيات .
٣٣٨	المراجع
٣٤٧	الملاحق
٣٤٩	الملخص باللغة الإنجليزية

الضوابط الفقهية في الشركات وتطبيقاتها المعاصرة

إعداد

عبير ربحي شاكر قدومي

إشراف

أ.د.محمود علي السرطاوي

ملخص

تبحث هذه الدراسة في الضوابط الفقهية والقواعد الخاصة في موضوع الشركات من حيث أركانها وشرائط الأركان، والأحكام الفقهية في إدارة عمل الشركة بأنواعها المختلفة؛ المال والأعمال والوجوه والمضاربة والمزارعة والمساقاة لما تحقق فيها مناط الاشتراك بالربح والذي هو غاية عمل الشركاء، وتكمن أهمية الضوابط الفقهية من حيث دورها التنظيمي، والذي تُحكم به الفروع الفقهية وما يفيد ذلك من سهولة حفظ وقدرة على الاستنباط مما أثبتته حكمها، ومستندا شرعيا في مواجهة المستجدات. وتناولت هذه الضوابط في فصل تمهيدي وأربعة فصول تفصيلية؛ عرضت في التمهيدي منها المقصود بالضوابط الفقهية، وعلاقتها بالمصطلحات ذات الصلة، مع ضرب الأمثلة التوضيحية لكل مصطلح، وعرضت في الفصل الأول الضوابط الفقهية الخاصة بمقومات عمل الشركة؛ من الصيغة والعاقدين، ثم محل العقد بنوعيه المال والعمل. وعرضت في الفصل الثاني الضوابط الفقهية في إدارة الشركة بحسب نوعها من شركة العقد بأقسامها المختلفة، وما أفادته هذه الضوابط من أحكام عملية في الماضي والحاضر، ثم الضوابط الفقهية في عقود المضاربة وملحقاتها مما قام على اجتماع عنصري المال والعمل بتوليفة خاصة من الأحكام. وفي الفصل الثالث كانت الضوابط الفقهية الخاصة بركن الشركة الأعظم؛ الربح والخسارة في أقسام الشركة المختلفة، وتناولتها على مستوى ضوابط الربح والخسارة العامة بكل فروع الشركة، ثم ما اختصت به بعض أقسامها من ضوابط. وفي الفصل الرابع عرضت للضوابط الفقهية المتعلقة بانتهاء الشركة، والآثار العملية المترتبة على الانتهاء بأنواعه؛ الجبري والاختياري، ثم الإجراءات الشرعية الواجب اتخاذها عقب هذا الانتهاء. وخلصت هذه الدراسة إلى أن مبدأ الاشتراك في الربح والخسارة هو الضمانة الشرعية والأمان العملي لسلامة المعاملات وعدالتها، وأن كل ما يخرم هذا الأصل كان يؤول إلى فساد المعاملة، وتغيير مقرراتها من أجل تصحيح هذا الخلل.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد بن عبدالله وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم إلى يوم الدين، أما بعد:

فقد كان العالم وما زال يبحث في ثورة أزماته المالية عن حلول لمشكلاته التي لم تقف عند حدود موطنها الجغرافي، بل تعدته بأثارها السلبية وطالت العالم أجمع، والتي يمكن تشخيصها بأنها ميل ميزان التعامل المالي إلى جهة على حساب جهة أخرى.

وليس الحل ببعيد، ولكن ما صُبغ به من صبغة دينية جعل كثيرا منهم ومن بني جلدتنا يفرون منه، ولو أنهم عقلوه وتبينوا ملامح المخرج فيه لعضوا عليه بالنواجذ.

فنظام الشركات الإسلامية أرض خصبة للعمل الجاد وبمقومات بسيطة، وهو مع تنوعه ينضبط بأصول وقواعد فقهية نالت قبولا عاما؛ لمرونتها، وقدرتها على استيعاب المستجدات وهي هنا في مجال حيوي على صعيد مصالح الفرد والجماعة.

وفي الوقت نفسه ترى عزوفا من بعض المسلمين عن المشاركة في بعض القطاعات، أو المساهمة في نماذج معاصرة في وجهها، شرعية متأصلة في حقيقتها، وتراهم يحجمون عنها خوفا من ملابسة الحرام الطاريء على المعاملة، الأمر الذي يمكن تفاديه بوضع قائمة من الضوابط العامة والخاصة بالشركات وهو ما عملت عليه هذه الدراسة، مع التأكيد على أن البحث في الضوابط الفقهية لم يكن عملا جزافا، وإنما هو جهد متصل مع التتبع لمقاصد الشريعة ومعرفة أسرارها واستقراء جزئياتها.

ولم أكن في عملي هذا أسعى إلى الاعتناء بمناشئء الخلاف وإبرازها، بقدر ما سعت إلى الوصول إلى مناط الضابط الفقهي بهدف التقريب بين المذاهب فيما بدا جفاء، لإيماني أن الاختلاف في الفروع لم يكن إلا حفظا لمقصد شرعي رآه بعضهم أولى بالاعتبار مما ترجح عند غيره.

مشكلة الدراسة:

تبحث هذه الدراسة في الضوابط الفقهية التي تحكم موضوع الشركة كصيغة استثمارية حيوية من صيغ التمويل الإسلامي، ولقد عرضت كتب القواعد الفقهية وأمها كتب الفقه الإسلامي عددا من هذه الضوابط مبعثرة في ثنايا الموضوع، وطبقت عليها صورا أولية من أنماط الشركة، ومن هنا فإن مشكلة هذه الدراسة تكمن في محاولة الإجابة عن الأسئلة الآتية:

١. ما الضوابط الفقهية التي عمل بها الفقهاء لاستنباط الأحكام الشرعية في موضوع الشركات؟ وهل كان لاختلاف الضوابط أثر في اختلاف الأحكام الفرعية في هذا الباب؟
٢. ما المنفق عليه من الضوابط وما المختلف فيه؟
٣. ما الصور المستجدة من المشاركات والتي يمكن إدراجها ضمن الضوابط شرعا؟
٤. ثم ما مدى تطبيق الضوابط على المستجد من المشاركات في صيغ التمويل الاسلامي لدى المصارف الإسلامية؟

أهمية الدراسة و مبرراتها :

- ١-دراسة الضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع الشركات وتأصيلها شرعا باعتبار أن الضابط الفقهي هو ما انتظم صوراً متشابهة في باب واحد.
 - ٢-الحاجة إلى دراسة تجمع بين الجانب النظري التأصيلي والجانب التطبيقي العملي في الشركات، وعدم الاكتفاء بالتنظير البعيد عن فقه الواقع .
 - ٣-معالجة بعض جوانب الخلل في صور الشركات المعاصرة من خلال عرضها على الضوابط الفقهية، واقتراح المسار الشرعي المصحح لها، بإيجاد نوافذ جديدة لتوسيع مجال العمل بنظام الشركات الإسلامية.
 - ٤-ظهور أنماط جديدة من المشاركات والتي تحتاج إلى تكييفها شرعا بناء على ما استقر من ضوابط فقهية .
 - ٥-توفير قاعدة بيانات من الضوابط الفقهية من خلال دراسة واستقراء باب الشركة من أمهات كتب الفقه، وإسقاطها على المسائل الحيوية والمعاصرة في الشركات استكمالاً لما بدأه السابقون، وتسهيلاً على الباحثين في هذا الموضوع دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية .
- منهجية البحث :**

تتبع هذه الدراسة نظراً لموضوعها المنهجين الاستقرائي والوصفي التحليلي :
 أولاً: الاستقرائي؛ وذلك بتتبع واستقراء الضوابط الفقهية من مظانها في كتب الفقه وما ورد في باب الشركة والوكالة والمضاربة والمزارعة والمساقاة، وما جاء في كتب القواعد الفقهية، وتعليقات المعاصرين مما له ارتباط مباشر بالموضوع.

ثانياً: الوصفي التحليلي وذلك من خلال بيان أحكام الشركة في ضوء الضوابط الفقهية وما يمكن أن يستجد على هذه المعاملة، وما يمكن التوسع فيه ضمن تلك الضوابط الفقهية، وذلك من خلال عرض صيغ عملية من نظام المشاركات في المصارف الإسلامية، والوقوف على الضوابط الفقهية التي راعتها، واتبعت في عملي هنا ما يلي :

- قمت بترتيب الضوابط على ما استقر من أنماط الشركة، وترجح كونه نوعا من الأنواع المعتمدة، والتي يترتب عليها تنمية المال واستثماره، لتحصيل الربح .
- ليس تمثيلي على الضوابط الفقهية حكرا في الصورة على المثال، وإنما هي إضاعة تقبل التطوير والزيادة، وقد يتعدد موضع ورود الضابط في أكثر من طرف في الشركة، فأضعه حيث أرى في مكانه قوة في الكشف عن أهميته ودوره في التأصيل لموضوعه، مع ما قد يبدو من ملاءمته لموضع آخر، وكأن الخلاف في تحقيق المناط.
- عرض نماذج عملية قديمة وأخرى معاصرة، توضح معنى الضابط، وتؤكد صلاحيته لأن يكون أصلا يُقاس عليه في وقائع أخرى.
- توضيح المصطلحات الجديدة، ومحاولة إثراء الدراسة بتقافة عملية حديثة في مجال الشركات، تفيد القارئ منها إن شاء الله.
- عملت في استخراج الضوابط وتوضيحها على تدعيم جذورها، ومدّها في عميق أرضها أملا في أن يخرج منها نبات طيب ينفع الناس، وحرصت في مباحث هذه الدراسة على وضع الضوابط التي غلب عليها أنها تحكم الموضوع وتبرز جوانبه وأحكامه، وإن كانت لمذهب فقهي معين، وقد تتفاوت الضوابط بين مذهب وآخر؛ لأن الضابط في جوهره حكم شرعي كلي، فكان من البدهي أن يختلف باختلاف نظرة كل مذهب.
- المفهوم الذي تناولته الدراسة في شركة المفاوضة هو ما استقر من أحكام المذهب الحنفي خصوصا، حتى إذا تناولت مفهومها عند المالكية ذكرت قيدهم ونسبته إليهم.

الدراسات السابقة:

- لم تقف الباحثة على دراسة شرعية تناولت الموضوع كما تم طرحه في سياقها هنا، ولكنني أفدت بصورة عامة بجملة من الدراسات السابقة أعرضها من حيث مجالها :
- أولاً: في الجانب النظري :
- ١- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبدالعزيز الخياط، (مجلدان) والكتاب من أشمل من بحث موضوع الشركات من منظور شرعي، وهو قبلة الباحثين في هذا الموضوع، إلا أنه من اسمه اتخذ سبيل المقارنة بين الفروع الفقهية في مسائل الشركات وما استقر عليه القانون في ما يقابلها، وما تقاطع فيه معها وما اختلف.
- ويؤخذ عليه أنه لم يستوعب الآراء الفقهية في فروع موضوع الشركة؛ وإن أتى عليها بشكل عام، وأما الضوابط الفقهية فكانت نزرا، وغالبا ما أتت في صورة تعليقات .

٢- الطبعة التمهيديّة للموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، إبراهيم عبد الحميد إبراهيم، وهي دراسة متخصصة وعميقة في موضوعها، تناولت تفصيل أحكام الشركة، والربط بين شروطها والآثار المترتبة عليها، وهي في حقيقتها دراسة مقاصديّة وإن لم تُصنع بهذا الإطار. إلا أن هذه الدراسة خلت من بحث العقود التابعة للشركة، ولم تبين الأحكام فيها على الضوابط الفقهيّة بصورة مباشرة، وما جاء فيها من ضوابط كان من باب المقابلة بين الأقوال وترجيح بعضها على بعض.

٣- جمهرة القواعد الفقهيّة في المعاملات الماليّة، علي الندوي، (ثلاث مجلدات)، وهي زمرة من القواعد والضوابط الفقهيّة في مجال المعاملات الماليّة ومنها ما جاء في باب الشركات، وتكمن قيمتها في عرض القواعد والضوابط الفقهيّة بروح معاصرة؛ حيث عرض الباحث في الجزء الأول القواعد الفقهيّة مشروحة في خمس زمر؛ بدأها بما كان من القواعد من جوامع كلم النبي صلى الله عليه وسلم، ثم القواعد الفقهيّة الكبرى وعدها ثمان، ثم القواعد وثيقة الصلة بالفقه المالي، وأخرى تتخرج عليها مسائله، وأخيرة مما جاء في مجلة الأحكام العدليّة، ثم أردفها بجملة من الضوابط الفقهيّة، وهو كثيرا ما كان يوضحها بأمثلة من واقع المعاملات الماليّة بناء على ما استجد من قرارات المجامع الفقهيّة، أو فتاوى اللجان الشرعيّة في البنوك الإسلاميّة، ثم عرض في الجزء الثاني نصوص القواعد والضوابط الفقهيّة بترتيب هجائي، وفي الجزء الثالث كانت فهارس الأجزاء.

إلا أن ما أتت عليه هذه الدراسة في موضوع الشركات كان بعضا من الأمثلة التطبيقية، وفي مواطن محدودة.

ثانيا: في الجانب التطبيقي:

١- معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، وهي مرجع أمين لهيئات الرقابة الشرعيّة في المصارف الإسلاميّة، وتم عرض الأحكام الفقهيّة بصورة قوانين موجزة ومركزة في مجموعة من النشاطات التي تهتم هذا القطاع ومنها المعيار الثاني عشر في الشركات، والمعيار الشرعي الأربعون في الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، مع توضيحها المستند الشرعي الذي ركنت إليه .

إلا أن هذه المعايير لم تتصبغ بصبغة الضابط الفقهي؛ وإن كانت معيارا في مجالها، وإن بحثها كان في عمومات الموضوع دون الاهتمام باستيعاب جوانبه كلها، وليس ذلك قصورا ولكن من باب الانشغال بموضوعها مباشرة. ثم إن المستند الشرعي الذي كانت تعتمد عليه لم يكن دائما هو دليل المسألة، بل كثيرا ما كان تعليلا لها.

٢- وقائع مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية (مجلدان)، جامعة الشارقة (٢٠٠٢)، والكتاب هو توثيق لمجموعة الأبحاث التي عرضت في المؤتمر ضمن محاوره الثلاث، وكان أقرب هذه المحاور صلة بموضوع الشركات هو المحور الثاني في مستجدات المعاملات المصرفية، وهي تعرض واقع العمل المصرفي - سلبا وإيجابا - بمنظار أهله، خصوصا ما جاء في توزيع الربح والخسارة.

هذه جملة من الدراسات السابقة التي كانت العمود الفقري في هذه الدراسة، مع ما سيظهر في ثنايا البحث من أخرى أصيلة، ولكنها من حيث الاعتماد عليها كانت ثانوية.

وبعد، فهذا عملي قصدت به وجه الله، وسألته عز وجل أن يقبله مني وأن ينفع به، إنه وليّ ذلك والقادر عليه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفصل التمهيدي: في بيان مفهوم الضابط الفقهي، وأهميته، والشركات وأهميتها وأنواعها، وفيه
ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الضابط الفقهي، مفهومه، وعلاقته بالمصطلحات ذات الصلة :

المطلب الأول: مفهوم الضابط لغة، واصطلاحاً .

المطلب الثاني : المصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية مصادر ها، وحجيتها، وأهميتها :

المطلب الأول : مصادر الضوابط الفقهية .

المطلب الثاني : حجية الضوابط الفقهية .

المطلب الثالث : أهمية الضوابط الفقهية .

المبحث الثالث: الشركات: مفهومها ، وأهميتها :

المطلب الأول : مفهوم الشركة لغة، واصطلاحاً.

المطلب الثاني : أهمية الشركة .

المطلب الثالث : أنواع الشركات .

المبحث الأول : الضابط الفقهي، مفهومه، وعلاقته بالمصطلحات ذات الصلة:

أولاً: مفهوم الضابط الفقهي في اللغة : ضبط الشيء-بالفتح- حفظه بالحزم، فهو ضابط أي حازم^(١)، وقال الليث: الضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء^(٢)، وضبط الرجل الشيء يضبطه ضبطاً: إذا أخذه أخذاً شديداً^(٣)، وحفظه حفظاً بليغاً^(٤). والضبط: حبس الشيء، والضابطة: الماسكة والقاعدة، جمعه ضوابط^(٥).

ومن مجموع هذه التعاريف نخلص إلى أنها تدور حول فكرة الحفظ للإلتقان بلمّ شتات الأمر . والفقهاء لغة: فهم الشيء^(٦)، والفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به، وكل علم بشيء فهو فقه له، يقولون : لا يفقه ولا ينقه ، ثم اختص ذلك بعلم الشريعة فقيل لكل عالم بالحلال والحرام فقيه^(٧).

والفقه اصطلاحاً: (هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية)^(٨).

ثانياً: الضابط الفقهي اصطلاحاً^(٩):

يرى بعض العلماء أن الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية بمعنى واحد؛ لما بينهما من ارتباط عضوي باعتباره جزءاً فساوياً بينهما، ويرى آخرون أن الضابط الفقهي يختلف عن القاعدة الفقهية من حيث الشكل والوظيفة، فهو مستقل عن القاعدة الفقهية ولهذا فرق بينهما في التعريف، فمن نظر إلى الأصل والمبدأ ساوياً بينهما، ومن نظر إلى الشكل والوظيفة فرق بينهما. هذا من جانب؛ ومن جانب آخر فلقد اختلفت إطلاقات العلماء للضابط الفقهي باختلاف استعمالاته وموارده في كتب القواعد والأشباه والنظائر^(١٠).

(١) الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس في جواهر القاموس، دار ليبيا، ١٧٤/٥ .

(٢) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن بكر (٧١١هـ)، لسان العرب، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٣، ١٦/٨ .

(٣) ابن دريد، محمد بن الحسن، جمهرة اللغة، مكتبة الثقافة الدينية، ٣٠١/١ .

(٤) الفيومي، أحمد بن محمد (١٩٢١)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (ط٤)، المطبعة الأميرية، القاهرة، ٤٨٧/٢ .

(٥) الزبيدي، تاج العروس، ١٧٤/٥ .

(٦) الفيومي، المصباح المنير، ٦٥٦ / ٢ .

(٧) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤٤٢ / ٤ .

(٨) البيضاوي، أبو الحسين، منهاج الوصول في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت ١ / ٢٦، الزركشي، بدر الدين

محمد، (ت٧٩٤)، البحر المحيط، (ط٢)، دار الصفاة: الكويت، ١٩٩٢، ١ / ٢١. انظر شرح التعريف: الزركشي، البحر المحيط، ٢١/١-٢٢.

(٩) جرت العادة أن تعرف المصطلحات المركبة بتعريفها أولاً بشقيها كمركب إضافي ثم تعريفها كعلم مستقل ، إلا أنني لن ألتزم هذه الطريقة لأن مفهوم الضابط كمفرد لا يختلف كثيراً عن المعنى اللغوي علاوة على أنه لم يرد مستقلاً .

(١٠) الأشباه والنظائر: هي المسائل التي تشبه بعضها بعضاً مع اختلافها في الحكم لأمر خفية يدركها الفقيه بدقة نظره ، وقد صنفوا

ليانها كتباً. انظر: الحموي، أحمد، غمز عيون البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن نجم، ٣٨/١ .

لذا سأسلك في تعريف الضابط الفقهي منهجين :
 المنهج الأول : تعريف الضابط الفقهي كاسم علم .
 المنهج الثاني : تعريف الضابط الفقهي بحسب استعماله كما ورد في كتب القواعد الفقهية .

المنهج الأول: تعريف الضابط الفقهي كاسم علم :
 اختلفت تعريفات الفقهاء للضابط الفقهي على قولين^(١) :
 الأول : تعريف الضابط بالمعنى الاصطلاحي العام والذي يصدق على القاعدة .
 الثاني : تعريف الضابط بالمعنى الاصطلاحي الخاص والذي يتميز فيه الضابط عن القاعدة .
 ومدار هذا الاختلاف هو التطور الطبيعي في تفصيل وتقسيم العلوم بشكل متخصص مع ازدياد المعرفة وتشعبها ، وإن كان هناك من يرى في ذلك ترفاً علمياً إلا أن الحق في أن الفصل التام بين القواعد والضوابط لا يمكن القول به لما بينهما من ارتباط وثيق، مع محاولتي التمييز بينهما والوقوف على الضوابط على وجه الخصوص ما أمكنني ذلك .

أولاً : تعريف الضابط الفقهي بالمعنى الاصطلاحي العام :
 - عرفه ابن الهمام^(٢) بقوله: (القاعدة قضية كلية كبرى سهلة الحصول لانتظامها عن أمر محسوس ، ومعناها كالضابط والقانون والأصل والحرف)^(٣) .
 - وعند الفيومي^(٤) جاء تعريف الضابط في أثناء تعريفه للقاعدة حيث قال: (والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته)^(٥) .
 ولما جاء على تعريف الضبط قال: (هو حفظه حفظاً بليغاً)^(٦)، واكتفى في تعريفه لغة بتوضيح غايته، لما استقر عنده من الاتفاق بينه وبين القاعدة .

(١) بعد أن قمت بهذا التقسيم وجدت أن محمد الروكي قد قال بتعريف الضوابط بالمعنى العام الذي يجعل من الضوابط والقواعد وجهين لعملة واحدة ، والمعنى الخاص الذي يمايز بينهما . انظر محمد الروكي ، نظرية التقييد الفقهي ، ص ٥١ ، ٥٢ .

(٢) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الأصل ثم القاهري ، عالم حنفي، كتب في الفقه والأصول والتفسير والفرائض والتصوف ، كان جدلياً محققاً ، توفي في القاهرة سنة ٨٦١هـ، له شرح الهداية ، والتحرير في أصول الفقه، انظر: الزركلي، خير الدين محمود، (ت١٣٩٦)، الأعلام، (ط٥) دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٠، ٦/٢٥٥ - معجم المؤلفين ١٠/٢٦٤ .

(٣) ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود ، التحرير بشرح التقرير والتحبير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٥ / ١ .

(٤) هو أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ثم لبحموي ، فقيه ولغوي ، توفي في ٧٧٠ ، له المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، وديوان خطب . انظر: الزركلي، الأعلام، ١/٢٢٤ .

(٥) الفيومي، المصباح المنير، ٢/ ٧٠٠ .

(٦) الفيومي، المصباح المنير، ١/ ٤٨٧ .

والأمر الكلي قصد به القضية الكلية لا المفهوم الكلي^(١)، وصفة الكلية لأن الأصل في القاعدة أو الضابط أن يجمع جزئيات الموضوع فلا يستثنى منه إلا ما صدق عليه الدخول في ضابط آخر هو أقرب لتحقيق غاية الحكم .

- وكذلك نرى التهانوي^(٢) عندما أراد أن يعرف القاعدة قال : هي في اصطلاح العلماء تطلق على مرادف الأصل والقانون والمسألة والضابطة والمقصد وهي : (أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه)^(٣) .

إلا أنه عاد عند تعريف الضابط ففرق، حيث قال: الضابطة (حكم كلي ينطبق على جزئيات)^(٤)، وأعقب ذلك بالتمييز بينهما بأن (القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى والضابطة تجمعها من باب واحد)^(٥) .

ويمكن أن نعلل هذا الاختلاف بين القولين بأن المعنى العام الأول هو المتبادر للقاعدة التي هي الأصل والتي يصدق على معناها من الشمول والاستيعاب مسميات أخرى ومنها الضابط، إلا أن النظر الفاحص يميز الضوابط ويقصرها على الحكم الكلي الذي ينطبق على جزئيات موضوع فقهي محدد .

- والأمر كذلك عند عبد الغني النابلسي^(٦) حيث قال عندما جاء على تعريف القاعدة (هي بمعنى الضابط : وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته)^(٧) .

- ومن المعاصرين الشنقيطي حيث قال : (القواعد في العرف أمر كلي تنطبق أحكامه على جزئياته ، وهي والأصل والضابط والقانون بمعنى واحد)^(٨) .

والفاحص لهذه التعريفات يجد :

(١) التهانوي، محمد علي ، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، (تحقيق علي دحروج) ، مكتبة لبنان، ٢/ ١٢٩٥ .

(٢) هو محمد بن علي ابن القاضي محمد الفاروقي الحنفي التهانوي، باحث هندي ، من مؤلفاته: سبق الغايات في نسق الآيات، وكشاف اصطلاحات الفنون وهو معجم مصطلحات العلوم الشرعية والطبيعية، توفي بعد ١١٥٨ هـ . انظر: الزركلي، الأعلام ٦/ ٢٩٥ ، ومعجم المؤلفين ٤٧/١١

(٣) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ٢/ ١٢٩٥ .

(٤) التهانوي، محمد، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ٢/ ١١١٠ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) هو عبد الغني بن إسماعيل الدمشقي الحنفي ، كان شاعرا وأديبا ، توفي سنة ١١٤٣ في دمشق التي استقر فيها ، انظر: الزركلي، الأعلام ٤/ ٣٢ ، معجم المؤلفين ٥/ ٢٧١-٢٧٣ .

(٧) لم أقف على نسخة من المخطوط كشف الخطاير عن الأشباه والنظائر ، عبد الغني النابلسي ، عن الندوي ، علي أحمد (٢٠٠٠)، القواعد الفقهية، (ط ٥) ، دار القلم ، دمشق ، ص ٤٧ .

(٨) الشنقيطي، أحمد بن أحمد المختار الجكني (١٩٨٣) ، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي ، دار إحياء التراث، قطر ، ص ٢٢ .

١- أنها تناولت المفهوم العام للقاعدة والذي يصدق على كل ما كان غرضه التأسيس والبناء ، وهو المعنى اللغوي للكلمة بدليل أن التماثل بين الضوابط والقواعد جاء في حيثيات التعريف ، حتى إذا جاء على تعريف الضابط اكتفى بالمعنى اللغوي .

٢- إن التعريفات السابقة التي ساوت بين مفهوم القاعدة والضابط كانت تتناول تعريف القاعدة عموماً وليس القاعدة الفقهية خصوصاً ، ونجد ما يؤيد ذلك عند مصطفى الزرقا حيث قال: (القاعدة في اصطلاح النحاة هي الضابط بمعنى الحكم الكلي المنطبق على جميع جزئياته) ^(١)

٣- وإن هذا الاتجاه في مساواة الضابط بالقاعدة لا يختلف في مآل تطبيقه عن الاتجاه الثاني الذي مايز بينهما؛ وبخاصة أن التعريفات جاء فيها أنها تعرف أحكامها منها ولم تحدد النطاق هل هو جزئيات باب فقهي واحد أو أبواب فقهية متعددة .

٤- إن النتيجة العملية التي يخرج بها منتبع القواعد والضوابط الفقهية يجد أنه كثيراً ما عبّر عن ضوابط فقهية بمصطلح القاعدة ^(٢)

ثانياً : تعريف الضابط الفقهي بالمعنى الخاص :

سبق أن ذكرت أن مصطلح الضابط الفقهي لم يرد بشكل مستقل ؛ بل ورد إما بمعنى القاعدة وكمترادف لها ، وإما مقارناً لها كمحترز من التعريف .

وقد تتابعت التعريفات للضابط الفقهي على منوال واحد ، وجاء تعريف الضابط الفقهي في ثنايا شرح القاعدة الفقهية بدأه- في ما رأيت- ابن السبكي ^(٣)، وتبعه الزركشي ^(٤)، والسيوطي ^(٥)، وابن النجار من الحنابلة ^(٦)، والحموي من الحنفية ^(١) وغيرهم .

(١) الزرقا ، مصطفى ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، ٢ / ٩٤٠ .

(٢) ومثال ذلك قاعدة : كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه ، وكل خيار يرجع إلى الإرادة والشهوة لا يوكل فيه ، وفيما تردد بينهما تردد ، فمن الأول خيار الشرط والعيب ، ومن الثاني خيار من أسلم على أختين ، والثالث خيار الرؤية على القول بتجوز بيع الغائب، انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي، ١ / ٣١٠ .

(٣) هو أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي الأنصاري الشافعي الملقب بتاج الدين ، كان من أبرز علماء الشافعية في القرن الثامن ، تولى القضاء والتدريس في الشام ومصر ، توفي سنة ٧٧١ ، من مؤلفاته طبقات الشافعية، والإبهاج وجمع الجوامع في أصول الفقه . انظر: ابن العماد، عبد الحى (ت ١٠٨٩)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ط ٢ دار المسيرة ببيروت، ١٩٧٩، ٦ / ٢٢١ .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي ، لقب ببدر الدين ، تتلمذ على يد الأسنوي والبلقيني ، عرف بالفقه والأصول والحديث وعلوم القرآن ، تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة، توفي في ٧٩٤ ، له في الأصول البحر المحيط وهو من اسمه عميق ، وخبايا الزوايا والمنثور . انظر: شذرات الذهب ٦ / ٣٣٥ ، الأعلام ٦ / ٦٠ .

(٥) هو أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد المصري السيوطي ، كان إماماً بارعاً في التفسير والحديث والفقه والنحو والبلاغة ، توفي سنة ٩١١ . له الدر المنثور ، والأشباه والنظائر ، انظر: شذرات الذهب ٨ / ٥١ .

(٦) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح المصري الحنبلي ، ولد ونشأ في القاهرة ، تعلم على يد والده، وجلس للإفتاء وفصل الخصومات ، توفي سنة ٩٧٢ ، له من المؤلفات الكوكب المنير في أصول الفقه. انظر: الزركلي، الأعلام، ٦ / ٦ - كحالة، معجم المؤلفين، ٨ / ٢٧٦ .

(فالقاعدة هي الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها، ومنها ما لا يختص بباب ومنها ما يختص، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً)^(٢) .

شرح التعريف :

- الأمر : قصد به القضية^(٣)، واعتراض عليه بأن القضية هي أوعب للمعنى، فمصطلح الأمر فيه من التعميم الذي لا يُراد في مصطلح القاعدة أو الضابط (وذلك لشموله المفردات الكلية التي لا تكون قواعد كقضايا ومسائل الكون والعالم الخارجي)^(٤) .

يؤكد ذلك قوله تعالى: " وما أمر فرعون برشيده " ^(٥)

وجه الدلالة: يعني به شأنه وأفعاله وطرائقه^(٦)، فالأمر في الآية الكريمة هو الشأن، وهو لفظ عام للأقوال والأفعال كلها^(٧) .

ولأن قضية من قضى: بمعنى أمر وحكم^(٨) وهي تشتمل على المعلومات الأربع ؛ من المحكوم عليه ، وفيه -الموضوع- ، والنسبة الحكمية ، والحكم ، وإدراك هذه الأربع تصديق^(٩) .
فمثلا الضابط الفقهي : كل كفارة سببها معصية فهي على الفور^(١٠) فالمحكوم فيه هنا هو الكفارات والفورية في أدائها أو التراخي فيها ، والمحكوم عليه من وجبت عليه الكفارة ، والحكم هو وجوب أدائها على الفور، والنسبة الحكمية هي أن موجبها القيام بفعل هو معصية.

(١) هو أبو العباس أحمد بن محمد مكي المشهور بشهاب الدين الحموي ، كان مفتي الحنفية في مصر ، توفي سنة ١٠٩٨ ، له من المؤلفات حاشية الدرر والغرر في الفقه ، وغمز عيون البصائر، انظر: الزركلي، الأعلام، ٢٣٩/١ - كحالة، معجم المؤلفين، ٩٣/٢ .

(٢) ابن السبكي ، تاج الدين ، الأشباه والنظائر ، ١ / ١١ ، السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر في النحو ، ١ / ١٠ ، ابن النجار ، محمد بن أحمد ابن عبد العزيز الفتوح الحنبلي (ت ٩٧٢) ، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، ط ٢ ، ١٤١٣ ، (تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد) ، ١٠ / ٣٠ ، الحموي ، أحمد بن محمد ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ، (ط ١) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ٣١/١ ، العنقري ، أحمد بن محمد ، مقدمة الأشباه والنظائر لابن الوكيل (ت ٧١٦) ، (ط ١) ، ١٩٩٣ ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩ / ١ .

(٣) التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، ٢ / ١٢٩٥ .

(٤) باحسين ، يعقوب ، القواعد الفقهية ، ص ٣٣

(٥) سورة هود : الآية ٩٧

(٦) القرطبي ، محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن ، ط ٣ ، دار الكاتب العربي ، القاهرة ، ٧ / ٢٢٣

(٧) الأصفهاني ، الحسين بن محمد ، (ت ٥٠٢) ، المفردات في غريب القرآن ، مطبعة الحلبي ، ط أخيرة ، ١٩٦١ ، ص ٢٤

(٨) الفيومي ، المصباح المنير ، ٢ / ٦٩٦

(٩) الكفوي ، الكليات ، ج ٤ - ص ٢١

(١٠) ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ١ / ١١

وهذه قضية كبرى يقاس عليها قضية صغرى فنقول : لما كان الظهار^(١)، معصية تستوجب الكفارة بنص القرآن الكريم^(٢)، وكل كفارة سببها معصية فهي على الفور، فإن كفارة الظهار بما هو معصية فورية إذا أراد المظاهر أن يراجع زوجته.

- وأما قولهم كلي: فالكل لغة: اسم يجمع الأجزاء^(٣)، واللفظ الكلي للاستغراق بمجرد، ولا يحتاج إلى قرينة زائدة فيه^(٤)، والمعنى المراد هنا هو ما حكم فيه على كل فرد يصدق عليه موضوعها^(٥).

وأما قولهم ينطبق على جزئيات كثيرة: فهو في ما أرى من تفصيل وتوضيح المعنى الكلي؛ لأن نتيجة كلية القضية هو شمولها لجزئيات كثيرة من موضوعها، فلا تضيف إلى المعنى شيئاً، اللهم إلا تفسير المفهوم .

- وأما قولهم تفهم أحكامها منها: فهي النتيجة المنوطة والدور المطلوب من القاعدة و الضابط الفقهي وهو ما يسمى بالتفريع أو التخريج^(٦) وهو الذي سبق توضيحه من خلال جعل القاعدة كبرى تقاس عليها صغرى سهلة الحصول^(٧)، وقد اعترض بعض المعاصرين على ذكرها في التعريف لأنها الثمرة المنشودة من عملية التقعيد فلا توضع في أركانه^(٨).

واعترضهم هذا وإن كان منطقياً بناء على ما استقر من أن التعريفات لا بد أن تكون جامعة مانعة تتناول أجزاء المعرف التي لا يقوم إلا بها ، ولا تشتمل على النتائج اكتفاء بالمقدمات؛ إلا أنني أرى ما يبرر توارد التعريفات على ذكرها ، وذلك أن القواعد والضوابط الفقهية لها دوران : الأول: جمع ما تتأثر من فروع فقهية في قوانين وأصول هي دساتير للتفقه كما قرر بعض الفقهاء^(٩).

(١) الظهار هو هو :تشبيه الرجل امرأته أو جزءاً منها أو جزءاً يعبر به عن الكل بامرأة محرمة عليه على التأبید ، أو بعضو منها لا

يحل له النظر إليه .انظر ابن مودود ، الاختيار ، ٣/ ١٦١

(٢) سورة المجادلة : الآية ٣-٤

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ج١٢-ص١٤٢

(٤) الغزالي، محمد بن محمد (٥٠٥)، معيار العلم في فن المنطق، دار الأندلس، بيروت، ص٥٠

(٥) أمير بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير بشرح التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٥/١

(٦) علم تخريج الفروع: هو العلم الذي يبحث عن علل ومآخذ الأحكام الشرعية لرد الفروع إليها بيانا لأسباب الخلاف، أو لبيان حكم ما لم يرد بشأنه نص عن الأئمة بإدخاله ضمن قواعدهم. انظر: باحسين، يعقوب، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ١٤١٤، مكتبة الرشد، الرياض، ص٥١ .

(٧) ابن الهمام، التحرير في أصول الفقه، ١٥/١ .

(٨) باحسين، القواعد الفقهية، ص٣٧ .

(٩) الزرقاء، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، ط٢، دار القلم، دمشق، ص٣٥.

والثاني: هو معرفة حكم ما استجد من المسائل وذلك بردها إلى ضوابطها التي تنطبق عليها وتحقق مقاصد الشرع فيها ، فالقواعد والضوابط في كيانها خليط من هذين الدورين، الأمر الذي يؤكد أنه لا قيام للقاعدة أو الضابط بدونهما .

ثم تناول التعريف مراتب القضايا الكلية بناء على جزئيات الموضوع؛ فإذا كان النطاق هو جميع الأبواب الفقهية كان الأمر الكلي قاعدة، وأما إن كان النطاق بابا فقهيا محددًا كان الأمر الكلي ضابطا لموضوعه، وهو ما أكده المقرئ^(١) حيث عرف القواعد الفقهية بأنها: (كل كلي أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة)^(٢) فالتعريف وإن لم يذكر ماهية القاعدة أو الضابط عدا عن أنها كليات ؛ إلا أنه تميز - فيما أرى - بتوضيحه لمراتب الكليات بناء على مشتملاتها ومدى قابليتها للنقض، ذلك أن الأصول العامة وما استقر من أساسيات في الشرع هي مظلة الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية، والإطار العريض

الذي يستوعبها كالأصل الشرعي : أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، وأن الحرج مرفوع في الشرع، وغيرها من الأصول وهي التي تثبتت باستقراء مجموع الأدلة الشرعية بغض النظر عن موضوعها، وهي غير قابلة للنقض أو الرد لأنها من القيم الشرعية الثابتة.

ثم جاءت القواعد الفقهية التي هي أخص كما عبر المقرئ، وهي التي تصدق على أبواب فقهية متعددة إلا أنها لا تشملها كلها دفعة واحدة، وهي التي قد ترد عليها الاستثناءات. ثم أخص الأخص هو الضوابط الفقهية التي قرنها المقرئ بالعقود لما عُلّم من تناول العقود لموضوعات محددة في أبواب فقهية خاصة وكذلك الضوابط . يؤكد ذلك أيضا استقراء كتب القواعد الفقهية لما يظهر فيها أحيانا من ذكر القاعدة الفقهية تم تذييلها بالضابط، وكأن الضابط الفقهي شرح موجز للقاعدة^(٣)، كما ويظهر جليا في الكتاب الخامس من الأشباه للسيوطي وهو الذي تناول فيه الأبواب الفقهية وسماه نظائر الأبواب .

(١) هو محمد بن أحمد بن بكر بن يحيى القرشي المقرئ التلمساني، نسبة إلى مقرة من بلاد أفريقية، رحل الجد الرابع للمقرئ إلى تلمسان، واشتهرت هذه الأسرة بالتجارة الواسعة، حيث اتفق أبناء يحيى على عقد شركة مفاوضة في جميع ممتلكاتهم وعملوا بهمة حتى خاطبهم الملوك والأعيان، لم يعرف له تاريخ ميلاد لأن المقرئ اعتقد أن ليس من المروءة أن يخبر الرجل بسنه! ساعده يسار أسرته مع شغفه بالعلم على التفرغ له مبكرا، التقى بابن القيم، من شيوخه أبو موسى عمران المشذالي حافظ تلمسان ومفتيها، ومن تلامذته الشاطبي، ألف في التفسير والفقه وأصوله والنحو والمنطق، توفي في ٧٥٨. انظر مقدمة محقق القواعد للمقرئ، ١/ ٥٣-٥٥

(٢) المقرئ، محمد بن أحمد، ٧٥٨، القواعد، تحقيق أحمد بن حميد، مركز إحياء التراث، مكة المكرمة، ١/ ٢١٢

(٣) انظر مثلا على ذلك: الزركشي، المنشور، ٣/ ٢٢-٢٣

وبناء على ما سبق يمكننا أن نفرّد الضابط الفقهي بتعريف: هو قضية فقهية كلية تنطبق على جزئياتها التي هي من باب واحد.

أو: هو حكم كلي ينطبق على جزئياته التي هي من باب فقهي واحد.

والسبب في عدولي إلى تعريف الضابط بالحكم- وهو الخاص الذي قصد من عموم القضية- أن الضوابط الفقهية لما كانت محدودة النطاق شاملة لجزئيات باب فقهي واحد ، فهي أقرب إلى الحكم الذي هو إبراز وجه الله في المسألة منها إلى القضية التي يغلب عليها العموم والشمول ، خصوصا وأن الضوابط في دورها الأهم تجمع وتحصر أكثر من دورها في الاشتقاق منها ، لذلك غلب عليها وصف المذهبية ، وقلت المستثنيات منها قياسا بالقواعد الفقهية ذات المساحة العريضة في الشمولية.

على أن المنتبّع لموارد الضوابط الفقهية في كتب القواعد الفقهية يلحظ أن استعمالها لم يقف عند حد القضية الكلية ، بل جاء على أنماط متعددة كان مآلها جميعا تحقيق مبدأ عمل هذا الضابط الفقهي والذي هو الحصر والاستيعاب ، وهذا ما سأبحثه في مايلي .

المنهج الثاني: الضوابط الفقهية بحسب استعمالاتها ومواردها في كتب القواعد الفقهية^(١):

تنوعت الأشكال التي صيغت فيها الضوابط الفقهية فيما يظهر للباحث في كتب الاختصاص على صور متعددة كانت فيها جميعا وسيلة العرض تؤول إلى الغاية النوعية للضوابط الفقهية والتي قررناها سابقا . وسأتناول نماذج منها في عجالة أبين فيها نوع الضابط مع إيراد مثاله .

١- يطلق مفهوم الضابط على التقاسيم مثلا: (العدة أقسام: الأول معنى محض وهي عدة الحامل، والثاني تعبد محض وهي المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها ، والثالث ما فيه الأمران والمعنى أغلب، والرابع ما فيه الأمران والتعبد أغلب) (٢) .

ومن ذلك أيضا : ما جاء في الأشباه لابن الوكيل (اختلف المذهب في أحكام التغيرير ؛ وضابطه أن التغيرير تارة يكون قوليا وتارة يكون فعليا ، وترتب آثاره بحسب قوته أضعفه)^(٣)

٢- يطلق مفهوم الضابط على الحد- التعريفات:- (ضابط العيب المثبت للخيار : الوصف المذموم الذي يقتضي العرف سلامة المبيع منه غالبا) (٤).

٣- وقد يطلق مفهوم الضابط على المقياس الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني :

(١) هذا الجانب من الضوابط الفقهية أخذت فكرته من باحسين ، القواعد الفقهية ، ص ٦٣ .

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥٦٤ .

(٣) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١/ ٩٧ .

(٤) المرجع السابق، ١/ ١٤١ .

(ضابط ما ترد به الشهادة أن يحفظ ما ورد في السنة أنه كبيرة فيُلحق به مافي معناه، وما قصر عنه في المفسدة لا يقدح في الشهادة) (١).

ونخلص من هذه التطبيقات لمفهوم الضابط العام أن مصطلح القضية الفقهية الكلية التي تنطبق على جزئياتها التي هي من باب واحد هو قاصر عن استيعاب النماذج السابقة ، رغم ورودها في كتب القواعد الفقهية حتى عند التي رأت عدم إطلاق لفظ الضابط على التقاسيم والعلل (٢).

ويبدو لي أن السبب في ذلك يرد إلى أمرين :

- عدم الاحتكام إلى تعريفات محددة ومصطلحات وجعلها حاكما ومقيدا لمفهوم الضابط؛ وذلك لركونهم إلى المفهوم والغاية النوعية من الضابط .

- إن النظر إلى مآل هذه الاستعمالات وليس إلى شكلها كوسيلة يؤكد فكرة الضابط الفقهي بمعناه اللغوي ؛ ألا وهو الحبس والحصر ، وإن خرج في تركيبه عن قيود التعريف الخاص بالقاعدة أو الضابط .

الأمر الذي دعا بعض المعاصرين إلى تعريف الضابط بأنه: (كل ما يحصر جزئيات أمر معين) (٣)،

جمعا بين دلالة المصطلح اللغوية، واستعمالاته وموارده الشرعية ، وما عُرف به بين الباحثين في القواعد الفقهية .

وهذا التعريف وإن كان فيه المخرج ظاهريا ؛ إلا أنه أوقع في لبس آخر هو : أن الأحكام الشرعية تحصر جزئيات أمر ما - خصوصا وأنه استخدم لفظة كل والتي هي للعموم-؟ وهو الذي قام بوضع مؤلفه في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية واستتكر الخلط بينهم؟ (٤)

وخلاصة القول: إن مصطلح الضوابط الفقهية لا يخرج الاستعمال في كتب القواعد الفقهية عن حقيقة كونه قضية فقهية كلية تنطبق على جزئياته التي هي من باب واحد ؛ بل هذا هو الأصل ، وأما تنوع الاستعمالات فهي استثناء من هذا الأصل ، وهو مجاز له مستنده في اللغة ، وإلا كانت المصطلحات نفلا من القول مع ما يشترط فيها من المنع والاطراد (٥) .

(١) القرافي، أحمد بن إدريس (١٣٤٤)، الفروق، ط١، دار إحياء الكتب العربية، مكة المكرمة، ١/ ١٢١

(٢) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢/ ٣٠٦-٣٠٧

(٣) باحسين، القواعد الفقهية، ص ٦٦ .

(٤) باحسين، يعقوب (٢٠٠٦)، المعايير الكلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ص ٣٠.

(٥) بمعنى أن لا يدخل فيها شيء من اعتبار المضبوط ، أما الضوابط الفقهية فيشترط فيها الجمع والانعكاس بحيث يدخل فيها جميع

أفراد المضبوط . انظر الكفوي، حاشية الكليات، ٤/ ٤٨ .

المطلب الثاني: المصطلحات ذات الصلة بمفهوم الضابط :

لابد لنا ونحن في مجال وضع الإطار العملي الذي ستبنى عليه هذه الدراسة من تناول بعض المصطلحات التي استخدمت أو اقتربت من مفهوم الضابط الفقهي في كتب القواعد الفقهية، ولقد كان أقربها مصطلح القاعدة الفقهية، ومصطلح الأصل، والكليات، والفائدة .
وسأتناول في هذا المطلب تعريفا عاما بهذه المصطلحات، مع تمثيل توضيحي لكل نوع منها .

الفرع الأول: القاعدة الفقهية^(١):

القاعدة لغة: من قعد؛ فالقاف والعين والذال أصل مطرد منقاس لا يُخلف، وهو يضاهي الجلوس ، وإن كان يُتكلّم في مواضع لا يُتكلّم فيها بالجلوس^(٢)، (والقاعدة : أصل الأس والقواعد الأساس)^(٣).

اصطلاحاً:

سبق أن بينت أن فريقاً من العلماء ذهب إلى أن القاعدة الفقهية هي والضابط بنفس المفهوم الاصطلاحي^(٤)، وهي بمعنى: القضية الكلية التي تنطبق على جميع جزئياتها تعرف أحكامها منه^(٥).

ولقد تنوعت تعريفات العلماء للقواعد الفقهية؛ حيث اتفقت في مواطن واختلفت في مواطن أخرى، وسأعرض تعريفاتهم بإجمال ، ثم أبين مواطن الاختلاف والاتفاق إن شاء الله .
ولقد اتخذت التعريفات توجهين عامين:

الأول: تقرير كلية القاعدة الفقهية، والثاني: تقرير أكثرية القاعدة الفقهية، بمعنى أن الحكم فيها أغلبي وليس كلياً .

ثم تنوعت تعريفات من قال بكلية القاعدة إلى تحديد ماهيتها بأنها القضية الكلية، أو الأمر الكلي، أو الحكم الكلي، أو الصورة الكلية، وغيرها .

التوجه الأول: وهذه تعريفات أصحاب التوجه الأول والذي يرى أن القاعدة الفقهية من الكليات^(١):

(١) جرت العادة أن يبدأ بتعريف القاعدة الفقهية وينتهي بالضابط؛ إلا أن عنوان الدراسة لما حمل اسم الضوابط الفقهية كان لزاماً علي

ان أتناوله أولاً، وبخاصة أنني قصدت به المعنى العام للضوابط والذي يصدق على القواعد.

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٥/ ١٠٩، ١٠٨.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ١١/ ٢٣٩ ، الزبيدي، تاج العروس، ٢/ ٤٧٣ .

(٤) انظر الصفحات ٨ - ١٠ .

(٥) انظر المراجع ص ٨ - ١٠ .

- القاعدة : (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها) (٢)
 - (القضايا الكلية التي تعرف بالنظر فيها قضايا جزئية) (٣)
 - (قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها) (٤)
 - (قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية) (٥)
 - (الأمر الكلي المنطبق على جزئياته) (٦)
 - (حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف أحكامها منه) (٧)
 - (حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية) (٨)
 - (صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها) (٩)
 - (أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها) (١٠).
- والتعقيب على هذه التعريفات :

- ١- التعريفات السابقة وإن كان بعضها لم يخص القاعدة الفقهية بالذات ؛ إلا أنه يتناولها بعموم مصطلح القاعدة والذي هو الأساس في أي علم يدرس .
- ٢- اختلفت النظرة في التعريفات إلى ماهية القاعدة وكانت بالجملة على ثلاث زمر ؛ الأولى قررت أنها قضية وتعرف بأنها (قول يصح أن يقال لقائله إنه صادق فيه أو كاذب) (١١)، وهي كما ذكرنا تشتمل على المعلومات الأساسية من المحكوم عليه والمحكوم به والنسبة الحكمية والحكم

(١) سبق أن ذكرت من قال بكلية القواعد الفقهية عند تقرير انطباق مفهومها على الضوابط الفقهية، انظر ص ٨-٩ ، ونضيف هنا أخرى منعا من التكرار .

(٢) الجرجاني، التعريفات، ص ١٤٩ .

(٣) الطوفي، سليمان بن عبد القوي (ت ٧١٦) ، شرح مختصر الروضة، (ط١)، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ١٤١٠، ١ / ١٢٠ .

(٤) الكفوي، الكليات، ٤ / ٤٨ .

(٥) باحسين، القواعد الفقهية، ص ٥٤ .

(٦) الجرهمي، عبدالله بن سليمان (١٩٩٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، (ط٢)، دار البشائر، ١ / ٦٢ .

(٧) التفتازاني، التلويح على التوضيح، ١ / ٣٧ .

(٨) الروكي، نظرية التقعيد، ص ٦٩ .

(٩) ابن النجار، شرح الكوكب المنير، ١ / ٤٤ .

(١٠) الزرقا، مصطفى أحمد (١٩٦٣)، المدخل إلى الفقه الإسلامي، ط ٧، ٢ / ٩٤١ .

(١١) التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، ٢ / ١٣٢٥ .

،فهي أشمل من الزمرة الثانية التي قررت بأن القاعدة حكم كلي ، وهي أصرح من قولنا أن القاعدة أمر لما في هذه اللفظة من الاشتباه .

٣- إن القاعدة بما أنها قضية محورها الرئيس هو الحكم ليس المراد منه الحكم الجزئي الثابت في الفروع الفقهية ؛ وإنما الحكم الذي يشمل أموراً متعددة (١) .

٤- ألمحت التعريفات إلي منهجي العمل في القاعدة ؛ أحدهما في تقرير القاعدة، والثاني في كيفية الاستفادة من حكمها، أما الأول: فإن الوصول للقاعدة يحتاج إلى استنباط حكمها من الأدلة الشرعية الأصلية أو التبعية ، وأما الثاني: فإن تفعيل دور القاعدة يكون بالتتابع أو الاستقراء بنوعيه التام والناقص (٢)، وذلك لمعرفة ما دخل في نطاق القاعدة الفقهية وما خرج منها (٣) .

٥- تباينت التعريفات في توضيح علاقة الأصل (القاعدة)، بالفرع (الجزئية) التي تحقق فيها مناط القاعدة ، ففي حين عبر بعضها بأن القاعدة وسيلة تعريف بحكم الفرع، قرر آخرون أن العلاقة هي انطباق بل وأكثر بأنها علاقة اشتمال، وفي ظني أن كل ذلك صحيح لاختلاف النظر لدور القاعدة باختلاف مستوى التتابع هل هو تام أم ناقص .

ويترجح لي مما سبق أن تعريف الطوفي (٤) للقواعد - القضايا الكلية التي تعرف بالنظر فيها قضايا جزئية- هو الأساس الصحيح الذي يبني عليه التعريف المعتمد والذي قرره باحسين ؛ فالقاعدة الفقهية قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية .

التوجه الثاني: وهو الذي يرى أصحابه أن القاعدة الفقهية أغلبية؛ أي أن الحكم فيها أغلبي، وقد تبنى هذا الرأي قلة - فيما رأيت - ، ونذكر منهم :

- الحموي من الحنفية حيث قرر أن القاعدة الفقهية هي غيرها عند النحاة والأصوليين؛ إذ هي عند الفقهاء (حكم أكثر من لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها) (٥)
- وكذلك الأمر عند مذهب فروق القرافي ؛ حيث قرر أن أكثر القواعد أغلبية (٦) .

(١) كالتيسير الثابت في القاعدة الفقهية: المشقة تجلب التيسير، فهو يشمل قصر الصلاة للمسافر ، والتيمم للعاجز عن استخدام الماء حسياً أو معنوياً، والإفطار في نهار رمضان للكهل وغيرها من أوجه التخفيف باختلاف نوع المشقة.

(٢) الاستقراء هو تصفح جزئيات ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات ، فهو الاستدلال بثبوت الحكم للجزئيات على ثبوته للكلي ، فإذا كان شاملاً لجميع جزئيات الموضوع فهو الاستقراء التام ، أما إن كان للأكثر - وهذا مقبول في العلوم الشرعية - فهو الاستقراء الناقص. البناني، حاشية البناني على جمع الجوامع، ٢ / ٣٤٦ .

(٣) لمزيد من التوضيح انظر: الروكي، نظرية التقعيد، ص ٧٠-٧٦ .

(٤) هو أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي البغدادي الحنبلي الملقب بنجم الدين، نشأ في العراق وتعلم فيها ، اتهم بالرفض فضرب وعزر ، ارتحل إلى دمشق ثم إلى مصر ، ثم حج وجاور الحرمين ، واستقر به المطاف في فلسطين ومات فيها سنة ٧١٦ هـ ، له شرح مختصر الروضة . انظر: الفراء، محمد أبو يعلى، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت ، ٢ / ٣٦٦ .

(٥) الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر / ١ / ٥١ .

(٦) حسين، محمد علي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ١ / ٣٦ .

ونفهم من كلام الحموي في التمييز بين قواعد النحو والأصول والقواعد الفقهية؛ والقول بالاطراد في الأولى والأغلبية في الثانية ، أن مناط الأمر هو الاستقراء والذي تقرر بمقتضاه ثبات واطراد أحكام الأصول والنحو بما هي غير قابلة للنقض والاستثناء ، وبين القواعد الفقهية التي كثرت مستثنياتها ، وعلل الزرقا أغلبية القواعد - مع أنه قرر في تعريفه بأنها: (أصول كلية تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها ، والقياس كثيراً ما ينخرم ويعدل عنه إلى حلول استحسانية هي أقرب إلى مقاصد الشريعة)^(١)

والحق أن الاختلاف بين أكثرية القواعد وأغلبيتها هو اختلاف ظاهري؛ وأن من قال بكلية القواعد لم يكن يجهل أن لها استثناءات، حتى أنهم قالوا إن من القواعد عدم اطراد القواعد^(٢)، ولكن الأمر لا يعدو أن هناك من راعى هذا الاستثناء في تعريفه ، ومن اكتفى بالعلم به والذي أصبح معروفاً .

وأمر آخر لفت إليه الشاطبي^(٣) عندما قرر أن شأن الكليات الاستقرائية أن يتخلف منها شيء، ولا ضير طالما أن المستثنيات من بعض الفروع لا يجتمع منها كلي يعارض الكلي الثابت بمقتضى القاعدة^(٤).

ويظهر بعد هذه الجولة في تعريفات القاعدة الفقهية والضوابط الفقهية أن بينهما نقاط التقاء ونقاط اختلاف؛ أما الالتقاء: فهما يشتركان في أن كلا منهما قضية كلية تنطبق على عدد من جزئيات موضوعها ، وأن لكل منهما دوره التأصيلي لما تفرع عنهما .

وأما نقاط الاختلاف: ^(٥) فتتمثل في أن القواعد الفقهية لا تختص بباب واحد، بينما تختص الضوابط بباب فقهي محدد، فالقاعدة أوسع من الضابط أفقياً .

وإن في تنوع استعمالات الضوابط الفقهية عند الفقهاء، وعدم وقوفهم عند حد القضية الكلية؛ وصدق مفهوم الضابط على التقاسيم والتعاريف يعني سعة مفهوم الضابط رأسياً .

وأمر آخر يجدر التنبيه إليه؛ إن حكم القاعدة الفقهية يشتمل بالقوة على جزئيات موضوع القاعدة، وهذا هو المقصود بالاستيعاب ، والذي هو من خصائص القاعدة التي تتميز به عن الضابط^(٦)،

(١) الزرقا، المدخل إلى الفقه الإسلامي، ٢/ ٩٤٢ .

(٢) الروكي، نظرية التقعيد، ص ٤١ .

(٣) هو أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي ، مجتهد محقق في الفقه والأصول والحديث والتفسير واللغة، له استنباطات جليلة وفوائد لطيفة، توفي سنة ٧٩٠ ، من أشهر كتبه الموافقات والاعتصام . انظر:

مخلوف، محمد، شجرة النور الزكية (ط١) ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٤٩هـ ، ص ٢٣١ .

(٤) الشاطبي، الموافقات، ٢/ ٤٨ .

(٥) شبير، محمد عثمان (٢٠٠٦)، القواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، (ط١)، دار النفائس، ص ٢٣ .

(٦) الروكي، نظرية التقعيد، ص ٦٠ .

والسبب في ذلك يعود إلى كثرة مشتقات القاعدة الفقهية بحيث تتناول الفروع من أبواب مختلفة، أما الضابط فالغالب فيه الاقتصار على باب فقهي واحد .

الفرع الثاني: الأصل :

(١) لغة: (الهمزة والصاد واللام ثلاثة أصول متباعد بعضها عن بعض؛ أحدها أساس الشيء، والثاني الحية، والثالث ما كان من النهار بعد العشي) (١)، (وأصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، وأصل كل شيء قاعدته، يقال: أصلته تأصيلاً أي جعلت له أصلاً ثابتاً يبني عليه) (٢)

(٢) اصطلاحاً: (ما يثبت حكمه بنفسه، ويبني عليه غيره) (٣).

وعند الأصوليين تعددت إطلاقات الأصل وتتوعت إلى استعمالات متعددة، نذكر منها (٤):
الدليل: كقولهم: أصل هذه المسألة الكتاب والسنة، والأصل الصورة المقيس عليها، والأصل الراجح بالنسبة للمرجوح، ومردّها جميعاً لمعنى الدليل .

ومن الأمثلة على ما وقع من الضوابط بمعنى الراجح: (الأصل عندنا - الشافعية - أن كلاً من الثمن والمثمن مقصود بنفسه، ويتعلق قصد البائع بالثمن كما يتعلق قصد المشتري بالمثمن، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية) (٥).

وأيضاً: (يضم إلى رأس المال في بيع المرابحة ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكماً أو اعتاده التجار، وهذا هو الأصل) (٦).

كما وقع في كتب القواعد الفقهية على معنى القاعدة؛ مثل: (الأصل عند أبي ليلي أن من ملك شيئاً بنفسه ملك تفويضه إلى غيره، وعندنا يجوز أن يملك في بعض المواضع ولا يملك في بعضها) (٧). وجاء أحياناً بمعنى الضابط مثل: (الأصل عندنا أن كل فرقة جاءت من قبل الزوج ولم تتأبد، ولم تتضمن فسخ النكاح من الأصل فهي تظليقة بائنة) (٨).

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ١/ ١٠٩ .

(٢) الزبيدي، تاج العروس، ٧/ ٢٠٧، الفيومي، المصباح المنير، ١/ ٢١ .

(٣) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٢ .

(٤) الزركشي، البحر المحيط، ١/ ١٦-١٧ .

(٥) السبكي، الأشباه والنظائر، ٢/ ٢٧٠ .

(٦) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٣٣٤ .

(٧) الدبوسي، تأسيس النظر، ص ٤٩ .

(٨) الدبوسي، تأسيس النظر، ص ٦٢، وانظر أمثلة أخرى في الصفحات ٥٦، ٦٠، وأصول الكرخي مع تأسيس النظر، ص ٨٣ .

هذا وإن وصف الأصل بالشرعي يجعل دائرته من السعة والشمول من حيث الطريق الموصل إليه، ومن حيث مشتملاته وهو ما لا يصدق على الأصل بمفهوم القاعدة أو الضابط، فالأصول الشرعية هي القواعد الكلية التي تستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء أو التتبع ، أو تعلم من الدين بالضرورة^(١)، يؤكد ذلك تعريف المقرئ الذي سبق ذكره في توصيف الضوابط^(٢)، وليس هذا مجال بحثنا؛ وإنما أردت بإيراد مصطلح الأصل هنا ما تحقق فيه مناهض الضابط الفقهي - بما هو قضية كلية من باب فقهي محدد - وإن كان تحت مسمى الأصل كأساس يبني عليه ، وهو ما سأسير عليه في دراستي هذه من تحقيق ما انطبق عليه مقياس الضابط الفقهي دون الالتفات لمسمى الضابط إن كان بالقاعدة أو الأصل أو غيرهما .

الفرع الثالث: الكليات:

(١) لغة: (الكاف واللام أصول ثلاثة صحاح ؛ فالأول يدل على خلاف الحدّة ، والثاني يدل على إطفاء الشيء بشيء، والثالث عضو من الأعضاء)^(٣)، (وموضع كل الإحاطة بالجميع، وهي اسم يجمع الأجزاء)^(٤)، ولذلك أطلق على الضرورات الخمس مصطلح الكليات ؛ لأن الشارع الحكيم قصد أن تكون مصالح على الإطلاق^(٥)

(٢) والكليات اصطلاحاً: هي (الحكم العام الذي ينطبق على مجموعة من الأفراد المتجانسة أو المتشابهة المندرجة فيه والمتأصلة به)^(٦)، وهي التي تبدأ عادة بكلمة كل .

وعند المنطقة: (الكل هو المفهوم الذي لا يمنع نفس تصوّره من وقوع الشركة فيه)^(٧) .

وليس عملنا هنا تحت هذا المفهوم ؛ لأننا نعمل في دائرة حكم شرعي ، فالكليات عبارة عن جوامع تحفظ جزئيات موضوع فقهي ما بمناهض عام ، وغرضها الضبط والربط بين المسائل المتقاربة^(٨)، والأمر الذي دعانا إلى إيرادها هنا ما لمسنا من التشابه الحاصل بين الكليات وآلية عمل الضوابط الفقهية بالحفظ ولزوم الشيء بعدم مفارقتها ، فإن هذا الحفظ يحتاج إلى الإحاطة بالمحفوظ منعا من خروج شيء عن نطاقه .

(١) الروكي، نظرية التقعيد، ص ٤٩ .

(٢) انظر ص ١٣ .

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٥/ ١٢١ .

(٤) الزبيدي، تاج العروس ، ٨/ ١٠٠ ، ابن منظور ، لسان العرب ، ١٢/ ١٤٢ .

(٥) ابن الخوجه، محمد الحبيب، بين علمي أصول الفقه ومقاصد الشريعة ، ٢/ ١٧٠ .

(٦) الروكي، محمد (١٩٩٨) ، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب (ط ١) ، دار القلم، دمشق، ص ١٠٩ .

(٧) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون ، ٢/ ١٣٦٧ .

(٨) الندوي، علي أحمد (٢٠٠٠)، القواعد الفقهية، ط ٥، دار القلم ، دمشق ، ص ٥٣ .

أضف إلى ذلك، إن كثيرا من الضوابط الفقهية جاءت صياغتها مبتدأة بكلمة كل ، هذا مع ضرورة التنبيه إلى أن الضوابط الفقهية بما هي مذهبية، كانت في الغالب قليلة الاستثناءات لمحدودية نطاقها الذي لا يتعدى الباب الفقهي الواحد ، فكان مفهوم الكلية - بما هو الإحاطة بجميع الأجزاء المتحدة - متحققا فيها .

ومن الكليات التي هي قواعد بالمعنى الخاص للقاعدة :

- (كل من لا يغرم في عقد فإنه جائز من جهته) ^(١)

ومن الكليات التي هي ضوابط - بالمعنى الخاص للضابط - :

- قوله عليه الصلاة والسلام: (كل قرض جر نفعا فهو ربا) ^(٢)

- (كل عرض ملك بمعاوضة محضة بقصد التجارة ، فهو مال تجارة) ^(٣)، أي تجب فيه الزكاة .

ومن الكليات التي هي قواعد وشذ عنها بعض الفروع ^(٤) :

- (كل من صحت مباشرته الشيء صح منه التوكيل فيه لغيره) ^(٥) ، حيث استثنى منها

مواضع كتملك المباحات من الاحتطاب وغيره حيث رجح كثيرون أنه لا يجوز التوكيل فيه ،

وكذلك الوكيل له التصرف وليس له أن يوكل . ^(٦)

الفرع الرابع: الفائدة :

١) لغة: من فید (فاد المال لفلان يفيد فيدا؛ إذا ثبت له، والفائدة: استحداث مال وخير) ^(٧).

٢) اصطلاحا: (ما يترتب على الشيء ويحصل منه) ^(٨).

ولقد ظهر مصطلح الفائدة في كتب القواعد الفقهية على نمطين : الأول: كمعلومة لا تتضبط

بوصف خاص سوى أنها تحدث زيادة معرفة ، وهو المعنى العام اللغوي للفائدة .

والثاني: خاص كمرادف لمصطلح الضابط الفقهي، وقصرته على الضوابط لأن الفوائد كانت تأتي

غالبا جزئية مقتصرة على موضوع فقهي ما .

(١) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١ / ٣٧٥ .

(٢) الدارقطني، سنن الدارقطني، ٢٨/٥ والحديث في سننه سوار بن مصعب وهو متروك .

(٣) الحصني، كفاية الأخيار، ١/١٧٤ .

(٤) وذلك بناء على تعريف الحموي للكليات : بأنها التي لم تدخل في قاعدة أخرى، لا بمعنى الصدق على جميع الأفراد بحيث لا يخرج

منها فرد. الحموي، غمزيون البصائر، ١ / ٨٧ .

(٥) ابن خنبل، الدعوى، نور الدين محمود بن أحمد (١٩٩٩)، مختصر من قواعد العلاتي وكلام الأسنوي، ط٢، وزارة الأوقاف، قطر، ١

. ٣٢٠/

(٦) المرجع السابق .

(٧) الزبيدي، تاج العروس، ٢ / ٤٥٧ ، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤ / ٤٦٣ .

(٨) الكفوي، الكليات، ٣ / ٣٥١ .

وما يعيننا هو استخدامات الفائدة بمعنى الضابط ، ولقد ظهرت مجموعة من المؤلفات وسمت بالفوائد مثل :

-تقرير القواعد وتحريير الفوائد لابن رجب الحنبلي^(١)، وهو من اسمه تناول الفوائد كقسيم للقواعد، وهو ما صرح به مؤلفه عندما قال : (وهذه فوائد تلحق بالقواعد، وهي فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب يبني على الاختلاف فيها فوائد متعددة)^(٢).

-وكذلك كتاب الفوائد الزينية في مذهب الحنفية لابن نجيم ، حتى أن محقق الكتاب ذكر الفرق بين القاعدة والفائدة - بمعنى الضابط -^(٣)، ثم ذكر أن الفوائد الفقهية عنون لها السبكي بالقواعد الخاصة^(٤) توجيها منه إلى أنها المقصودة بالضوابط الفقهية .
ونذكر من فوائده :

- [القول للفايض في قدر ما قبضه وفي صفته وفي تعيينه أمينا كان أو ضمينا]^(٥) .

- [من ملك البيع ملك الإقالة]^(٦) .

-كما كان كتاب الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ، لمؤلفه محمود حمزه^(٧) ، والذي تناول فيه الضوابط بمسمى الفائدة كما صرح بذلك عنوانه ، بالإضافة إلى عرضه للقواعد الفقهية والتي كثيرا ما كانت بمعنى الضابط .
ومن ضوابطه تحت مسمى الفائدة :

-[خيار الرؤية يثبت في كل عين ملكت بعقد يحتمل الفسخ]^(٨).

-[كل محل خالف المستأجر فيه المؤجر إلى ما أضر ؛ فإنه يضمن في العطب ويسقط عنه الأجر بالسلامة]^(٩).

(١) هو أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب البيهقي الحنبلي ، من علماء الحنابلة في القرن الثامن ، كان محدثا فقيها وأصوليا ، ولد ببغداد وارتحل إلى دمشق مع أبيه وهو صغير ، توفي سنة ٧٩٥ في دمشق من مؤلفاته القواعد ، وذيل طبقات الحنابلة ، وجامع العلوم والحكم . انظر : ابن العماد، شذرات الذهب ٦/٣٣٩ .

(٢) ابن رجب الحنبلي، تقرير القواعد، ص ٧٥٢ .

(٣) ابن نجيم (١٩٩٩)، الفوائد الزينية ، ط١، تحقيق محمد الغرابية ، دار الفرقان، عمان ص١٩ .

(٤) المرجع السابق، ص ١ .

(٥) ابن نجيم، الفوائد الزينية ، ص ٥٧ الفائدة : الثانية والأربعين .

(٦) ابن نجيم، الفوائد الزينية ، ص ٦٩ ، الفائدة : التاسعة والخمسين .

(٧) هو محمود بن محمد المعروف بابن حمزة الحسيني الحنفي، ولد بدمشق ونشأ فيها ، وتقلد الإفتاء فيها ، اتقن الرماية والخط ، توفي سنة ١٣٠٥ ، له الفتاوى وقواعد الأوقاف ، انظر : الزركلي، الأعلام ٧/١٨٥ .

(٨) حمزه، محمود، الفوائد البهية، ص ٤٧ .

(٩) حمزه، الفوائد البهية ، ص ٦٤ .

وأما ضوابطه تحت مسمى القاعدة : قوله في القاعدة الرابعة والعشرين بعد المائتين : [كل من له أن يعير كان له أن يودع ، ومن لم يكن له أن يعير ليس له أن يودع]^(١).
 ومما جاء من الضوابط عند غيرهم وحمل اسم الفائدة : قول السبكي : فائدة : [كل دين مستقر ثابت في الذمة تجوز الحوالة عليه إلا الإبل الثابتة في الذمة بالجناية ، وكل دين غير مستقر لا تجوز الحوالة عليه إلا الثمن في مدة الخيار]^(٢) .
 وبناء على ما سبق من وقوع الاشتراك في مفهوم الضابط الفقهي مع عدد من المصطلحات؛ فإنني سأتابع في عملي هذا جمع ما تحقق فيه معنى الضابط الفقهي دون الجمود على المصطلحات - مع أهميتها - لما استقر في الأصول من أن لامشاحة في الاصطلاح .

(١) المرجع السابق ، ص ١٨٤ .

(٢) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١ / ٣٠٨ .

المبحث الثاني : الضوابط الفقهية^(١) : مصادرها، وحجيتها، وأهميتها :

ونعرض في هذا المبحث إن شاء الله تعالى ما يلحق بالضوابط الفقهية من ضرورات يكتمل من خلالها مفهوم الضوابط الفقهية، ويظهر دوره من خلالها .
وسأتناول الموضوع في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مصادر الضوابط الفقهية :

ونعني بمصادر الضوابط الفقهية مواردنا التي تستقى منها ، ويلجأ إليها للوصول إلى ضوابط الموضوع ، والضوابط الفقهية بما أنها أحكام شرعية في بابها ؛ فلا بد لها من دليل هو في الأساس ماجاء من نص الكتاب والسنة ، وهو إما قاعدة أو ضابط بالنص الصريح، أو استنبط من دلالة النص الأصلي، ومثال الأول قوله عليه الصلاة والسلام: (أيما إهاب دبغ فقد طهر)^(٢).
ومن الثاني: الضابط الفقهي: من تصرف لغيره بولاية أو وكالة ففادت المصلحة مع اجتهاده وعدم تفریطه فلا ضمان عليه^(٣) أصله فيما أرى قوله تعالى : " لا يظلمن الله نفما إلا ومعما"^(٤).
ثم تأتي المرتبة الثانية من مراتب الاستقناء ؛ وعمدتها الاستقراء الذي يقوم على تتبع لأكثر الجزئيات المتشابهة^(٥) ، ومجاله (دلالات النصوص التشريعية العامة)^(٦) كما في تقرير قاعدة المشقة تجلب التيسير ، أو مبادئ أصول الفقه^(٧) ونذكر منه القياس ، كما في قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، أو استنباطا من علل الأحكام التي فهمت حكمتها^(٨) كما في الضابط العزل القصدي نوع فلا بد فيه من العلم^(٩) .

(١) المقصود بالضوابط الفقهية المعنى العام الذي يصدق على القواعد الفقهية ، ذلك لأنني لم أقف على من أفرد الضوابط الفقهية بدراسة تأصيلية منهجية مستقلا بها عن القواعد الفقهية لما ثبت من اتحادهما بالمفهوم والاستعمال أحيانا .

(٢) أخرجه مسلم ، أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت، ٢٦١هـ) الجامع الصحيح، ص٥، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) دار إحياء التراث ، بيروت، كتاب الحيض ، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ ، ح (٣٦٦) ٢٧٧/١ .

(٣) السعدي، عبدالرحمن، طريق الوصول إلى العلم المأمول بمعرفة القواعد والضوابط والأصول لابن تيمية وابن القيم ، ط٢ ، ١٩٩٨، دار المعالي، عمان ، ص١٤١ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٨٦ .

(٥) باحسين، القواعد الفقهية، ص ٢١٥ .

(٦) الزرقا، المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي، ٢ / ٩٤٥ .

(٧) المرجع السابق .

(٨) المرجع السابق .

(٩) الباز ، سليم، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ط٣، ١٣٠٧، من شرح المادة ١٣٥٣ ، ص٧٢١ .

وقد يعرف الضابط بالاعتماد على المقررات العقلية ؛ كما في قاعدة الضرورات تبيح المحظورات^(١)، نعم قد يقال فيها أن الضرورة عرف من الشرع إباحتها للمحظور والذي لا يمكن السماح بارتكابه إلا بقوة موازية لقوة تشريعه ، إلا أنه استقر عقلا وشرعا استحالة التكليف بما لا يطاق، وأن الأحكام إنما شرعت لمصلحة العباد لا لإرهاقهم .

هذا ولم تنسب القواعد والضوابط الفقهية غالبا إلى شخص معين^(٢)، بل كانت إما فقهية عامة ترد في كتب الفقه جميعا أو غالبا، أو مذهبية خاصة بحسب مصدرها الذي أخذت منه . ثم استمرت عمليات الصقل والصيغة تتطور مع كثرة الاستخدام وتنوعه ، حتى اكتسبت القواعد والضوابط شكلها النهائي المعروف في كتب القواعد الفقهية ، يؤكد ذلك أن المتأخر^(٣) من هذه الكتب كان يفصل بين القواعد والضوابط ، قاصرا الأخيرة على الباب الفقهي الواحد . لذلك مال الزرقا إلى القول بأن القواعد مفاهيم^(٤) إشارة منه إلى ما مرت به من تطور تاريخي بتطور الفكر والفهم .

فالقواعد الفقهية ليس لها نص مباشر تستند إليه، ولكنها اجتهادات تعود في عمومها إلى الشاهد

الموضوع الأصلي، أو الدليل في الموضوع الأم، وإلى كليات الشريعة ومقاصدها وما استقر من ثوابتها .

المطلب الثاني: حجية الضوابط الفقهية^(٥):

ونقصد من هذا المطلب بيان مدى قابلية الضابط الفقهي - بما هو حكم كلي ينطبق على جزئيات - لأن يكون مستندا شرعياً ، ودليلاً يحتج به لإثبات ما جدّ من معاملات في إطار الضابط الفقهي. والخطورة في الموضوع لا تقف عند حد مدى قابلية القواعد والضوابط الفقهية للتحكيم فقط ؛ بل وأكثر من ذلك إن في القول بحجيتها فيه توسيع لدائرة مصادر التشريع الإسلامي ، وإدخال مادة في أدلته^(٦) .

(١) الزرقا، المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي، ٢ / ٩٤٥ .

(٢) الزرقا، المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي، ٢ / ٩٤٥ .

(٣) البورنو، محمد صدقي (٢٠٠٣)، موسوعة القواعد الفقهية، ط١، مؤسسة الرسالة، ١ / ٦٨ .

(٤) الزرقا، المدخل إلى دراسة الفقه، ٢ / ٩٤٩ .

(٥) لم ترد حجية الضوابط الفقهية بصورة مستقلة إلا ما جاء من كلام الحموي في أثناء بحثه معنى الضابط الفقهي حيث قال بأنه لا يفتى بموجبها لأنها أغلبية ، غمز عيون البصائر، ١ / ٣٧ ، لذا سيكون الكلام هنا عن الضوابط الفقهية بالمعنى العام الذي يصدق على القاعدة .

(٦) البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص ٣٨ .

ولقد تنوعت آراء العلماء ^(١) في مدى حجية القاعدة أو الضابط الفقهي لأن يكون دليلاً يستند إليه في إثبات الحكم على رأيين رئيسيين :

الرأي الأول: القاعدة الفقهية حجة شرعية - من حيث الجملة - ودليل يستند إليه في إثبات الحكم

الرأي الثاني: القاعدة الفقهية والضابط الفقهي يستأنس بهما ويستترشد بحكهما، دون أن يكونا دليلاً خاصاً في الباب .

ويمكن رد الخلاف إلى أمرين أساسيين :

- الخلاف الذي سبق عرضه حول كلية القاعدة أو الضابط الفقهي وأغلبيتها، وما يترتب على ذلك من كون القاعدة أو الضابط وما قد يخرج منها بالاستثناء لعدم تحقق مناط القاعدة في بعض الفروع يُشعر بعدم الرضا بالاحتكام إلى القاعدة مع هذا الخطر .

- مستند القاعدة الفقهية أو الضابط واختلافه بين أن يكون في صياغته وأصله دليلاً شرعياً من قرآن أو سنة ، أو مستتباً من دليل أصلي أو تبعي ، وما قد يترتب على ذلك من الاختلاف في أصل الدليل المحتكم إليه - فيما عدا القرآن والسنة الصريحة الصحيحة - .

وأعرض تفصيلاً للرأيين وما قد يستدل به لكل رأي ، مع التأكيد على أن ذلك لا يقلل من أهمية الضابط الفقهي في حفظ الفروع الفقهية .

الرأي الأول : ومفاده أن القاعدة الفقهية أو الضابط حجة ودليل يستند إليه ، ولكن مع تفصيل في المسألة: ^(٢)

- فإذا كانت القاعدة أو الضابط الفقهي في أصل صياغته دليلاً شرعياً من قرآن أو سنة صحيحة؛ فإنه قولاً واحداً يعتبر دليلاً في بابه، ولا يجوز العدول عنه ، والدور المطلوب من المجتهد في هذه الحالة هو التأكد من مدى توافق مضمون القاعدة أو الضابط الفقهي مع المسألة مدار البحث ، وهل تحقق فيها مناط القاعدة أم لا؟ ^(٣)

والضوابط الفقهية التي هي من هذا الباب كثيرة ، نذكر منها على سبيل المثال :

قوله صلى الله عليه وسلم : " ما أسكر كثيره فقليله حرام " ^(٤)

وقوله عليه الصلاة والسلام : " الخراج بالضمان " ^(١)

(١) لم ترد آراء العلماء في حجية القاعدة الفقهية صراحة ؛ وذلك لعدم اعتمادهم على الجوانب النظرية غالباً ، والتفاتهم إلى التطبيق العملي ، ولكن وردت ضمن تعليقاتهم لبعض المسائل الفقهية كما عند القرافي ، الفروق، ١/ ٧٤ .

(٢) فهم من مقدمة السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠ .

(٣) الكيلاني، عبدالرحمن إبراهيم، (١٩٩٩) ، حجية القاعدة الفقهية ، مؤتمنة للبحوث والدراسات، ١٤(١)، ص ٧٩ .

(٤) أخرجه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن غريب ، انظر الترمذي ، كتاب الأشرطة ٣ .

- أما إذا كانت القاعدة الفقهية أو الضابط مستنبطاً من دليل شرعي؛ فإن الحكم يختلف باختلاف قوة الدليل، ومدى الاتفاق على الاحتجاج به، أو كانت القاعدة مستفاداً من أقوال الفقهاء، أو كان أصلها استقراراً جزئياً للفروع الفقهية، (فإنها تكون حجة في الترجيح)^(٢).

من ذلك ما جاء في باب السلم (كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ، وما لا فلا)^(٣) ، فالضابط مستنبط من قوله صلى الله عليه وسلم : " من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم ، إلى أجل معلوم "^(٤)، فهو حجة في بابه .

الرأي الثاني : إن القواعد والضوابط الفقهية يسترشد بحكمها ، ولا يحتج بها - بمعنى أنها ليست دليلاً ملزماً - ما لم تكن نصاً صريحاً في بابها^(٥) ، واستدلوا بجملة من الأدلة المعقولة ، نذكر منها :

- إن القواعد الفقهية بما هي حكم أغلبي ؛ لما ثبت للباحث في القواعد الفقهية من كثرة ورود الاستثناء على حكمها ، الأمر الذي يمنعنا من الاعتماد عليها في الحكم لاحتمال كون المسألة مدار البحث من المستنبطات.

ويرد عليه: إن المستثنى من القاعدة لا ينقض أصل كليتها ، (لأن المستثنى إن كان دليلاً نصاً فهو غير قادح، وهو مثل تخصيص العام لا ينفي الشمول)^(٦)، هذا إن سلمنا ابتداءً أن المستثنى كان ضمن نطاق القاعدة، ولم يكن في أصله خارجاً عنها^(٧)، ولأنه لا يترك هكذا دون ضابط له، بل يدخل ضمن قاعدة أخرى تحقق فيها مناطه .

(١) أخرجه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن صحيح ، أنظر : الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ، ح(١٢٨٥)، ٣/٥٨١ .

(٢) باحسين، القواعد الفقهية، ص ٢٨٧ .

(٣) الغنيمي، عبدالغني(ت١٢٩٨)، اللباب في شرح الكتاب، ط٤، ٤٤، ١٩٦١، دار الكتاب العربي، مصر، ٢/٤٥ .

(٤) البخاري، الجامع الصحيح، ط١، دمشق، دار القلم، ٢/٧٨١ .

(٥) ومن أصحاب هذا الرأي : الحموي ، غمز عيون البصائر، ١/٣٧ ، علي حيدر ، شارح مجلة الأحكام العدلية ، ١/١٧ ، مصطفى الزرقا ، المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي ، ٢/٩٤٢ ، البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية، ١/٤٥ .

(٦) القرافي، شهاب الدين أحمد(٢٠٠٥) ، تنقيح الفصول في اختصار المحصول، المكتبة الأزهرية ، (تحقيق محمد الشاغول)، ص

٤٥٠ .

(٧) مثل استثناء الشركة من عموم القاعدة الفقهية : فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه ، ابن خطيب الدهشة ، مختصر من

قواعد العلامي وكلام الأسنوي ، ١/٣١٩ .

- إن هذه القواعد والضوابط إنما توصلنا إلي تقريرها من خلال استقراء أدلة الشرع ، وهذا الاستقراء قد يكون ناقصا أو غير مطرد،(فليس من الممكن أن نأتي إلى عبارة نضبطها ضبط التخصيص والتمييز حتى تتميز تميز السمعيات)^(١).

ويرد عليه:إن إثبات أحكام الشرع يكفي فيها الظن الغالب ولا يشترط القطع ، ومن أحكام الشرع ما ثبت بالقياس وهو إلحاق فرع بأصل لاشتراكهما في العلة والقياس كثيرا ما ينخرم .

- ثم إن الضوابط الفقهية بما هي معاهد وروابط لفروع فقهية متشابهة ، قد توصل إليها الفقهاء من دراستهم للفروع الفقهية ، فهي النتيجة والثمرة ، فلا تكون وهي كذلك أصلا لغيرها .

والرد على ذلك : إن قواعد العلوم عموما إنما تثبتت باستقراء الفروع في مجالها ، وأقرب مثال على ذلك قواعد أصول الفقه وخاصة عند الحنفية حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعية، ولم يقل أحد بعدم صلاحيتها لتقرير الأحكام واستنباطها^(٢).

وخلاصة الأمر؛ أن القواعد والضوابط المستنبطة أو المستقاة من دليل تبعي مختلف فيه، أو تلك التي توصل إليها الفقهاء بأدلة عقلية، أو مقررات شرعية عامة ، أو استقراء جزئي لفروع الشريعة مع قولنا بعدم القطع بلزوم تحكيمها، إلا أنها تبقى الدليل الأقرب إلى الذهن ؛ لشيوعها ، وللايجاز في عبارتها، وهي لا تخضع للشروط الصارمة التي يجب اعتبارها في الدليل الشرعي قبل إعماله ، بدليل أنها لم تعرض في كتب أصول الفقه مع قائمة الأدلة الشرعية .

ثم إنه بقليل من التأمل والنظر في القواعد والضوابط الفقهية يستطيع الباحث أن يربط بينها وبين أصل شرعي؛ لا من باب الصلة القريبة المباشرة، ولكن من باب المناط العام .

المطلب الثالث : أهمية الضوابط الفقهية :

حفلت مقدمة كثير من كتب القواعد الفقهية بتعليقات تبين فضل علم القواعد وأهميته وشرف العمل فيه^(٣) ، ومن خلال النظر والبحث في القواعد والضوابط الفقهية، وتطبيقاتها القديمة والمعاصرة نستطيع أن نجمل أهميتها في الأمور التالية :

- (إن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها، وأدعى لفهمها)^(٤)،

(١) الجويني،عبدالمك بن عبدالله (٢٠٠٣)،الغياثي،ط٢ ، دار الكتب العلمية،ص٢١٩. ويؤكد هذا المعنى: ما جاء في كشاف القناع من الاعتراض على عدم إدراج واحدة من الشروط المفسدة في الشركة ضمن مفسدات العقد،وليس مجرد مفسدات الشرط وكان التعليل فيه:مقتضى القواعد إن شرط على المضارب مضاربة أخرى فسد العقد لأنه من البيعتين في بيعة. انظر: البهوتي،كشاف القناع،٣/ ٥٣٩.

(٢) البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية ،ص ٤٢ .

(٣) انظر على سبيل المثال:القرافي،الفروق،١/ ٢٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر،ص٩-١١ ،ابن رجب ،تقرير القواعد ،ص٢.

(٤) الزركشي، المنشور،١/٦٥.

خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الضوابط في أغلبها مذهبية ، فهي وسيلة لحفظ فروع المذهب الواحد ، لأنها لب الفقه و خلاصته .

- إن دراسة الضوابط الفقهية تعد المفتاح الأساس لفهم وتعليل اختلاف الفقهاء فيما بينهم ، فهي تقرب الفجوة بين المذاهب، وإن لدراستها وجمعها كوحدة واحدة دور كبير في فهم المنهج الفكري العام للمذهب الفقهي^(١).

- إن الباحث في علم القواعد يصل في نهاية عمله إلى نتيجة مفادها تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وذلك بما يجتمع له الفقه بمجموعه في صورة قوانين ودساتير عامة تلخصه وتركز على غايته^(٢).

- إن الضوابط الفقهية وإن كانت قوانين جامعة ؛ إلا أنها في حقيقتها تمتاز بالسعة والمرونة لقدرتها على استيعاب ما يستجد من الأحكام الداخلة في نطاقها ، فدراسة الضوابط الفقهية تؤدي بالمرء إلى التطور التحليلي في الفكر الممسوك من جذوره بمانع يمنع من الزلل .

- إن دراسة القواعد والضوابط الفقهية وتتبعها في ثنايا كتب الفقه خصوصا ؛ تساعد على معرفة مناط الحكم ، والوقوف على حكمته ، لأن الضوابط روابط كلية لموضوع البحث ، كما أن العلة رابطة جزئي للحكم .

- (إن في استحضار العلماء المثل والنظائر له شأن في إبراز خفيات المعاني ، ورفع الأستار عن الحقائق ، فالانضباط يكون لتمييز المواهي والمعاني تمييزا لا يقبل الاشتباه)^(٣).

- إن في دراسة فن القواعد والضوابط الفقهية ، وما مثل عليها وما تفرع منها شحذ لذاكرة المجتهد للبحث عن قاعدة أو ضابط مقابل، لا لرد الأولى ولكن لعدم شعوره بالاطمئنان من صدقها ، فهو علم رياضة العقل .

- إن معرفة الضوابط الفقهية تحدد معالم الطريق الذي يجب السير فيه لاستخلاص الأحكام للوقائع المستجدة ؛ وذلك لأن الضابط الفقهي وإن كان خاصا في موضوعه، إلا أن المجموع العام للضوابط يضبط الفقه ككل .

- إن في تتبع القواعد والضوابط الفقهية من تفاريع المسائل الفقهية ، وثنايا كتب القواعد ليعطي الباحث شعورا بمدى براعة الفقيه المجتهد ، وحجم الجهد الذي بذل لاستخلاص هذه الضوابط من جزئيات النصوص والأحكام ، والوقوف على مختلف الأدلة الكلية والجزئية^(٤) .

(١) الزرقاء، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، ٢/ ٩٤٤.

(٢) ابن خوجة، بين علمي أصول الفقه ومقاصد الشريعة، ٢/ ١٧٤.

(٣) ابن الخوجة، بين علمي أصول الفقه ومقاصد الشريعة، ٢/ ٢٠، ١٥٥.

(٤) البوطي، محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط٤، ١٩٨٢، مؤسسة الرسالة، ص ١١٥.

المبحث الثالث : الشركات مفهومها ، وأهميتها :
المطلب الأول : مفهوم الشركة لغة ، واصطلاحاً :

الفرع الأول : الشركة لغة : (الشركة والشركة سواء : مخالطة الشريكين ، والأشراك جمع شرك وهو النصيب) ^(١) ، قال تعالى "ألم لهم شرك في السماوات" ^(٢) ، أى نصيب في خلقها وتصريف أمرها.(والشئين والراء والكاف أصلان ؛ يدل أحدهما على مقارنة وخلاف انفراد ، والثاني يدل على امتداد واستقامة) ^(٣)،(فعلى الأول الشركة وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما) ^(٤)،وعلى الثاني؛فإن من آداب الشركة الاستقامة ،يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام :

"قال الله تعالى:أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ،فإن خانا خرجت من بينهما" ^(٥).
وفريضة مشتركة:هي التي يستوي فيها المقتسمون من الأخوة - وهي زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب وأم ^(٦).

الفرع الثاني : الشركة اصطلاحاً :

لم يرد عند الفقهاء تعريف جامع لكل أنواع الشركة ؛ وذلك لاختلافهم في ما صدق عليه مصطلحها ، ولاختلاف الأحكام والشروط في كل نوع ، بل وعند كل مذهب ^(٧)، هذا بالإضافة إلى تنوع التعريفات باختلاف الأنواع الخاصة للشركة . لذا سأعرض في هذا الفرع المفهوم العام للشركة ، على أن أفصل في أنواعها الخاصة في المطلب القادم .
١) فالشركة بشكل عام عند الحنفية هي:(الخلطة وثبوت الحصاة) ^(٨) ، والتعريف بعمومه يصور مبدأ العمل في الشركة من اجتماع مقومات الشركة من رأس مال أو عمل من طرفين أو أكثر ، على أن تختص الأرباح بالأطراف المشاركة ، وأن تكون حصة شائعة محددة ابتداء.

(١) ابن منظور،لسان العرب، ١/ ٤٤٨ - ٤٤٩ .

(٢) سورة فاطر : الآية ٤٠ .

(٣) ابن فارس،معجم مقاييس اللغة ، ٣/ ٢٦٥ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) أبو داوود ، سنن أبي داود، كتاب البيوع ، باب الشركة ، ح(٣٣٨٣)،٣/ ٢٥٦ ، وقال ابن حجر فيه : أخرجه أبو داوود اوصححه الحاكم ومنهم من أعله بالإرسال،انظر ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/ ١٤٤ .

(٦) الزبيدي، تاج العروس،ج٧- ص ١٤٩ ، ابن منظور،لسان العرب،ج١٠ - ص٤٤٩ .

(٧) الخياط،عبد العزيز عزت،(١٩٧١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط١،، وزارة الأوقاف الأردنية،١/٣٣ .

(٨) ابن مودود،عبدالله،الاختيار لتعليل المختار،دار المعرفة،بيروت، ٣ / ١١ .

والتعريف وإن نص على الخلطة، إلا أنها ليست ركنا عند الحنفية لأن العبرة عندهم بحصول العقد كما سنفصل إن شاء الله . والتعريف يصدق على النوعين الأساسيين للشركة وهما الملك والعقد .

(٢) وعند المالكية: (إذن في التصرف لهما مع أنفسهما)^(١)، وشرح رجال المذهب التعريف وبينوا مغلقاته حيث جاء عندهم: (الشركة إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما)^(٢).

والتعريف وإن كان لموضوع الشركة عموماً؛ إلا أنه يصدق على شركة العقد منها خصوصاً؛ وذلك لأنها الشركة التي يؤذن لكل من الشريكين بالتصرف بماليهما، وكأن الشيخ خليل تناول ما تبادر إلى الذهن من قولنا شركة، دون الالتفات إلى النوع الأولي منها ألا وهو شركة الملك . لذلك ترى ابن عرفة بعده يفصل فيها فيقول: الشركة الأعمية (تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط)^(٣)، ثم أعقبها بالشركة الأخصية: (بيع مَالِكٍ كُلِّ بَعْضِهِ بِيَعُضِ الْآخَرِ مُوجِبٌ صِحَّةَ تَصَرُّفِهِمَا فِي الْجَمِيعِ) (٤).

ثم شرح مشتملات كل واحدة منهما، ما يدخل فيها وما يخرج منها، وأن ما يحترز في الأولى تضمنته الثانية، وهكذا فنكاملاً، والسبب في ذلك - في ما يبدو لي - أن الشركة عند المالكية كانت هي الأشمل كما علق ابن تيمية^(٥) بقوله: هي عند المالكية الأعدل والأصح^(٦).

ويدخل في تعريف الشركة الأعمية الإرث والغنيمة - شركة الملك - لا شركة التجار، ومعنى التقرر هو: الثبوت وما يستتبعه من حق التصرف .

ويقصد بالتمول: هو كل ما هو مال، فيخرج من التعريف ما ليس بتمول؛ كثبوت النسب بين الإخوة .

وقوله بين مالكين: لأن الشركة نسبة تقتضي تعدداً أقله اثنين^(١) .

(١) موسى، خليل بن اسحاق، ٧٦٧، مختصر سيدي خليل متن حاشية الخرشى، ط١، ١٩٩٧، دار الكتب العلمية، ٦ / ٣٣٦ .

(٢) الخرشى، محمد بن عبدالله، (ت١١٠١)، حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، ط١، ١٩٩٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ٦ / ٣٣٦ .

(٣) الرصاع، محمد الأنصاري (١٩٩٣)، شرح حدود ابن عرفة، ط١، تحقيق محمد أبو الأجنان، والطاهر الغموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ٢ / ٤٣١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم المعروف بابن تيمية الحراني الدمشقي، اشتهر بين العلماء في دمشق ثم رحل منها إلى مصر، تعصب عليه جماعة من أهلها فسجن مدة ثم نقل إلى الاسكندرية، ثم أطلق فعاد إلى دمشق، كان عالماً بالفقه والأصول والحديث والتفسير، توفي سنة ٧٢٨ في دمشق، من مؤلفاته مجموع الفتاوى، منهاج السنة، الاستقامة . انظر: ابن

العماد، شذرات الذهب ٦/٨٠، الزركلي، الأعلام، ١/١٤٤ - كحالة، معجم المؤلفين، ١/٢٦١.

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبدالرحمن قاسم، ٢٠ / ٣٥٣ .

وأما قوله ملكا: فقد أخرج به الاشتراك بحق الانتفاع، فهو تقرر حق ولكن بدون ملك الرقبة؛ كما إذا كانا من مستحقي وقفٍ مثلا.

ثم في قوله فقط: بمعنى لا تزد عما ذكر، واحترز به عن الشركة الأخصية فإن فيها زيادة تصرف، وهذه لا تصرف فيها.^(٢)

وأما في تعريف الشركة الأخصية؛ وهي التي عني بها شركة العقد فلقد تبين أنها بيع، فصير جنسها بيعا، ومقتضى ذلك أن فيها معاوضة قارنتها وكالة لوجود الإذن بالتصرف لكل من الشريكين بماليتهما، وهو ليس بيعا مطلقا بل مقيد بقيود التعريف.^(٣)

والتعريف يصدق على شركة الأبدان كما تتناول شركة الأموال؛ لأنه في الأولى باع كل شريك بعض منافعه ببعض منافع الآخر^(٤)، وفي الثانية كانت المبايعة بالأموال.

وفي قوله كل بعضه ببعض كل الآخر: لأن الشركة تكون عادة بجزء من مال كل واحد من الشريكين لا بكل ما يملكه، على أن تحدد نسبة كل منهما بالنصف أو الثلث، لما يترتب على معرفة نسبة الأصل من تحديد نسبة الربح.

وقوله موجب صحة تصرفهما في الجميع: كأثر للبيع الحاصل بالمشاركة؛ وهو أن كل واحد من الشركاء وكيل عن الآخر في التصرف بماله، وأصيل^(٥).

٣) وعند الشافعية: الشركة (ثبوت الحق في الشيء الواحد لمستحقين على جهة الشيوخ)^(٦).

والتعريف أعم من أن يتناول الشركة بخصوصها؛ لأن كلمة شيء تصدق على ما كان من الحقوق المالية، وعلى ما هو من الحقوق غير المالية؛ كحقوق الأبدان من القصاص وحد القذف لمن قذف جماعة بكلمة واحدة مثلا، حيث يثبت الحق في الحد للمجموعة^(٧).

واحترز عن هذا المعنى بإضافة بعض شراح المذهب كلمة عقد في أول التعريف^(٨)، وإن كان الشافعية يعولون على الخلط شرطا لإنشاء الشركة أكثر من نظرهم إلى صورة العقد وهو ما يفهم من لفظة الشيوخ.

٤) وعند الحنابلة: الشركة (الاجتماع في استحقاق أو تصرف)^(٩).

(١) العدوي، علي بن أحمد، (١١١٢)، حاشية العدوي على الخرشي، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧، ٢/ ٣٣٦.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٣٣٦.

(٣) الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ٢/ ٤٣٣.

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٣٣٥.

(٥) الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ٢/ ٤٣٣.

(٦) الشريبي، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢١.

(٧) المطيعي، محمد نجيب، (٢٠٠٣)، تكملة المجموع شرح المذهب، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٤/ ٧.

(٨) الأنصاري، أبو يحيى زكريا، تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، تحقيق خلف المطلق، ص ٤٠٤.

والتعريف قسم الشركة إلى نوعين: الاجتماع في الاستحقاق؛ وهي شركة الملك بصورها المتعددة^(١)، والاجتماع في التصرف؛ وهي شركة العقد بأنواعها المختلفة^(٢).

وخلاصة الأمر، فإن التعريفات السابقة كانت محاولة من بعض منتسبي المذاهب الفقهية لإعطاء توصيف عام للشركة لا يحزمها بأركانها وشروطها الشرعية، بقدر ما يعطي فكرة أولية عن موضوعها على أن تضبط تعريفاتها بحسب خصوصية نوعها، وهو ما سنتناوله في المطلب الثالث.

أما في القانون المدني الأردني، فقد جاء تعريف الشركة في المادة ٥٨٢ بأنها: (عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة)^(٣).

والقانون بذلك قد قرر أن الشركة عقد وأجرى عليها أحكامه وشروطه، وأن رأس المال كما يكون بالمال يمكن أن يكون بالعمل الذي يُقوّم بالمال، وأن الاتفاق المسبق يحدد نسبة تحمل المغانم والمغارم التي قد تنشأ عن هذا الاستثمار .

المطلب الثاني : أهمية الشركات :

- إن صيغة المشاركة كمبدأ عمل ومع تنوع أنماطها هي صيغة مرنة، يمكن أن تلبّي حاجات المجتمع المحلي الذي تظهر فيه، وأن تحقق التوازن الاجتماعي والإيفاء بوظيفة المال^(٤)، والتي قررتها الآية الكريمة " **حي لا يكون دولة بين الأئنياء منه** " ^(٥).

- إن المساهمة في نظام الشركات لم يعد مجرد حاجة فردية لتعبئة المدخرات وتنمية الأموال؛ كما قرر ابن الهمام (بأن حاصل محاسن الشركة ترجع إلى الاستعانة في تحصيل المال)^(٦)، بل غدت ضرورة ملحة من أجل التكتل للقيام بالمشاريع الكبيرة التي تتجاوز في متطلبات تحقيقها

(١) الحجاوي، موسى بن أحمد (ت ٩٦٨)، الإقناع لطالب الانتفاع، ط ٢، تحقيق عبدالله التركي، دار عالم الكتب، ١٩٩٩، ٤٤٥/٢ -

البهوتي، منصور بن إدريس، (ت ١٠٥١)، كشف القناع عن متن الإقناع، ط ١، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٩٩، ٥٣١/٣.

(٢) وذلك من الاجتماع في ملكية الرقبة والمنفعة، أو ملكية منفعة فقط، أو ملكية الرقبة دون المنفعة، انظر تفصيل ذلك في المرجع السابق.

(٣) المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي (ت ٨٨٥)، الإصناف في معرفة الراجح من الخلاف، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (١٩٨٩)، ٥، ٣٠١/٥.

(٤) نقابة المحامين، القانون المدني الأردني، عمان، ٢٠٠٠، ص ١٠٨ - ١٠٩.

(٥) مصطفى، سراج الدين عثمان، بحث صيغ التمويل الإسلامي المستخدمة في إطار التجربة المصرفية السودانية، إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي التقليدي والإسلامي، ٢٠٠٢، إتحاد المصارف العربية، ص ٣١٤.

(٦) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٧) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٥٢ .

قدرات المجموعة الصغيرة من الأفراد، ولا حتى قدرات بعض الحكومات، بدليل تحول عدد من المنشآت الحكومية إلى شركات خاصة (١).

- إن نظام المشاركات في أهميته يتميز إلى مرحلتين: الأولى تأسيسية، هدفها تجميع رؤوس الأموال وتحقيق الأرباح والمكاسب المادية، والثانية: المحافظة على الاستمرارية والديمومة لما تتمتع به بعض أنواع الشركات من شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الشركاء- كما في الشركات المساهمة - الأمر الذي يؤدي إلى استمراريتها في النشاط الاقتصادي الذي تقوم به حتى بعد انتهاء حياة الفرد المساهم، فهي تحقق الثبات - نوعا ما - في استقرار النشاط المالي في المجتمع (٢).

- إن نظام المشاركة يعمل على تفتيت المخاطر وتوزيعها على أكبر عدد من المشاركين، بعد أن كانت تقع على عاتق طرف واحد في نظام الاستثمار الفردي، أضف إلى ذلك أن فيها توزيعا للأدوار - كما في شركة المضاربة - مما يؤدي إلى تحديد المسؤوليات (٣).

- إن من مقاصد الشريعة حفظ المال؛ وحفظه كما يكون بمنع زواله، يكون بعمل كل ما يحقق تنمية المال وزيادته، والأموال لا تنمو إلا بالتجارة والتقليب، والمشاركة كواحدة من أوجه النشاط الشرعية تحقق المساهمة فيها دورا من أدوار الاستخلاف في الأرض .

- إن من القواعد الشرعية: (أن كل ما اشتدت الحاجة إليه أكثر كانت التوسعة فيه أكبر) (٤)، ولذلك تنوعت نماذج الشركة في الشريعة الإسلامية؛ من المشاركة بمال ومال، والمشاركة بمال وعمل، وعمل وعمل، بل وبالثقة والاسم التجاري - كما في شركة الوجوه - وذلك دليل على أهمية هذا النظام على مستوى الفرد وعلى مستوى الجماعة .

- إن في أشكال المشاركة المتنوعة المتاحة للفرد في النظام الإسلامي خصوصا؛ جملة من الفوائد العامة والخاصة، ففي شركات الأموال مثلا بالإضافة إلى تدوير الأموال وضخها في مشاريع خدمية فهي وسيلة لزيادة كسب الفرد المشارك، وفي شركات الأعمال يكون الحرص على المهنية العالية وحسن تقديم الخدمة هو المنهج المطلوب لإثبات الوجود في سوق منافس، أما في شركة الوجوه فإن انتهاج سبيل الصدق والأمانة هو الضمانة الأساسية للاستمرارية في

(١) تعرف الخصخصة بأنها: تحويل اقتصاد الدولة إلى اقتصاد يعتمد على القطاع الخاص بدرجة أساسية، وذلك ببيع الأصول والوحدات الإنتاجية كلاً أو جزءاً لقطاع الأعمال العام. انظر: عمر، حسين، الجات والخصخصة (٢٠٠٠)، دار الكتاب

الحديث، ص ٧٧

(٢) ناصيف، إلياس، الأحكام العامة للشركة (١٩٩٤)، ١ / ١٢ .

(٣) البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات (٢٠٠٤)، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٤١ .

(٤) واشتهرت هذه القاعدة بصيغة: الضروقات تبيح المحظورات. انظر: السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن (ت ٩١١هـ)، الأشباه

والنظائر، ط ١، (تحقيق عبدالكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠١، ص ١١٤ .

العمل ، وفي نظامي المساقاة والمزارعة تخضير للأرض، والانتقال بالمجتمعات الإسلامية من الاستهلاك إلى الإنتاج ، وفي ذلك من المصالح ما لا يخفى .
- إن في أنماط المشاركات المتعددة وتحقيقها بأركانها وشروطها الشرعية ؛ وجها من وجوه التكافل الإسلامي ؛ لا من باب المواساة فقط بل والتعاون من أجل مصلحة المجموعة ، وذلك يظهر من خلال التنوع ، مما يشكل حافزا للانضمام .

المطلب الثالث : أنواع المشاركات: (١)

الفرع الأول: أنواع المشاركات في الشرع الإسلامي:

تنوعت الشركات في الشريعة الإسلامية على ثلاثة أشكال رئيسة؛ وذلك بحسب الأدلة العامة والخاصة الواردة في الموضوع، وهي: شركة الإباحة (٢)، وشركة الملك، وشركة العقد .
أولاً: شركة الإباحة هي: (اشتراك العامة في حق تملك الأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد بأخذها وإحرازها) (٣).

ودليلها قوله عليه الصلاة والسلام " الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكأ والنار " (٤).
ثانياً: شركة الملك وهي : (أن يشترك رجلان في ملك مال (٥)، وذلك نوعان : ثابت بغير فعلهما: كالميراث وتسمى بالشركة الجبرية ، وثابت بفعلهما : وذلك بقبول شراء أو صدقة أو وصية، وتسمى اختيارية) (٦).

ودليلها قوله تعالى في حق الورثة : " **فهم شركاء في الثلث** " (٧).

(١) سأستعيب في هذا المطلب عن لفظة الشركات بالمشاركات؛ وهي التي يقصد منها ما وقع فيه الاشتراك بمقتضى عقد بين اثنين أو أكثر، انظر: البعلي، عبد الحميد محمود (١٩٩٠)، أساسيات العمل المصرفي الواقع والأفاق، ط١، مكتبة وهبه، القاهرة، ص٩٢، وميرري في ذلك أن لفظة مشاركات تنسج لتشمل أشكالاً من التعامل اختلف في صدق معنى الشركة عليها كالمساقاة والمزارعة .

(٢) لم تذكر الإباحة كشركة في كتب الفقه لأنها ليست شركة بإرادة، وهي تسمى شركة مجازاً، ولا ينصرف إليها معنى الشركة عند إطلاقه. انظر: سوبرة، شركات استثمار الأموال، ص ٦١ .

(٣) السرخسي، محمد بن أحمد (ت ٤٩٠)، المبسوط، (٢٠٠١) (تحقيق محمد حسن الشافعي)، (ط١)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١١ / ١٦٢ ، وهي التي عرفها ابن عرفة بالشركة الأعمية بشرط ملك العين لا مجرد منفعة، انظر ص ٢٨، وعند الحنابلة : هي الاجتماع في الاستحقاق ، انظر ص ٢٩ .

(٤) أخرجه أبو داود ، سليمان ابن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود كتاب الإجارة ، باب في منع الماء ، (ح ٣٤٧٧) ٣ / ٢٧٨ ، وقال ابن حجر: رجاله ثقات، انظر: ابن حجر، أبو الفضل أحمد ابن علي، (ت ٨٥٢) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق عبدالله هاشم اليماني، دار المعرفة: بيروت، ٢ / ٢٤٦ .

(٥) ويتنوع ملك المال إلى عين ودين ، ولم يتفق على تسمية ملك الدين بشركة ، لذلك أطلق الحنفية على شركة الملك اسم شركة العين، انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٥٢ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٦٢ .

(٧) السورة النساء : الآية ١٢ .

والحكم فيها - بنوعيتها - واحد: ما يتولد من العين مشترك بينهما، وكل واحد منهما أجنبي في مال الآخر^(١).

ثالثاً: شركة العقد :

تنوعت أنماط الشركة بين المذاهب الفقهية واختلفت بين موسع ومضيق؛ لما استقر في كل مذهب من الاعتبارات الخاصة، والأركان والشروط التي أوجب توافرها، أو الموانع التي ألزم غيابها، فكانت هناك نقاط التقاء على ما وضح حكمه واتفق عليه، ونقاط اختلاف في بعض الأنواع بناء على قواعد كل الخاصة .

أضف إلى ذلك؛ أن هناك من أدخل ما صدق عليه مفهوم الشركة في الربح كالمزارعة والمساقاة، ومن اعتبرها معاملة شرعية ذات أحكام خاصة تشبه في بعض أحكامها الشركة إلا أنها ليست منها.

وشركة العقد هي المقصودة عند إطلاق مصطلح الشركة، لذا نلمس اتفاقاً في تعريفات الفقهاء للشركة عموماً، وتعريفاتهم لشركة العقد خاصة، من ذلك :

- **عند الحنفية:** هي (عقد بين المتشاركين في الأصل والربح)^(٢) .

والعقد هو توافق إرادتين يترتب عليه أثر شرعي، وقوله اشترك في الأصل: تعميم يشمل المال والعمل كأصول للشراكة، ثم في قوله الربح: باعتباره المقصود الأهم للعقد وقيل هو المعقود عليه .

وقد يقال إن التعريف لم يشمل المضاربة - وأخواتها من المساقاة والمزارعة - لعدم الاشتراك في الأصل؛ ولا أرى ذلك لما استقر عليه العرف اليوم من تقييم العمل وعده رأس مال يُشارك فيه، خصوصاً إذا انضمت إليه الخبرة والاختصاص .

- **وعند المالكية:** هي (عقد مالكي مالين فأكثر على التجر فيهما معا)^(٣) .

والتعريف تناول شركة الأموال خصوصاً، ولم يشمل بقية أقسام شركة العقد، وأخرج المضاربة عن أن تكون من الشركة، لأن الشرط كان باتجار الشريكين معا .

- **وأما الشافعية والحنابلة:** فلم أقف لهما على تعريف مغاير لما ورد سابقاً من تعريف عام للشركة، على أن تُضاف كلمة عقد عند الشافعية فتكون شركة العقد عندهم: (عقد يثبت به حق شائع في شيء لمتعدد)^(٤).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٦٢ - الخرخشي، حاشية الخرخشي، ٦ / ٣٣٥ .

(٢) شيخ زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١ / ٣٣٩ .

(٣) الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ٣ / ٤٥٤ .

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٦ .

والتعريف يصور مفهوم الشركة الخاص للشافعية من اشتراط الخلط كأساس لعقد الشركة، وأن المقصود منها هو ما اتفق أهل المذهب عليه من اعتماد شركة العنان فقط من أنواع الشركة . وعند الحنابلة كانت شركة العقد عندهم أحد شقي تعريف الشركة وهي (الاجتماع في التصرف)^(١)، والتعريف من العموم بحيث يمكن أن يوصف بأنه غير مانع؛ لصدق مفهومه على الاجتماع لوكيلين في التصرف لشخص واحد، وليس ذلك من الشركة. وهو كذلك لا يعتبر المضاربة من الشركة لأن ركنه الاجتماع في التصرف، وهي خاصة بالمضارب .

وبعد، فإني لم أر واحدا من التعريفات السابقة يستوعب الأنواع المتعددة لشركة العقد والتي تبحث هذه الدراسة في ضوابطها، ولذلك نعتد لها تعريفا هو: (عقد بين اثنين فأكثر يقتضي إذن الجميع أو بعضهم في التصرف للجميع، على أن يكون الناتج بينهم جميعا)^(٢):
- فهو يقرر أن الشركة لا بد لها من الإجراءات الشكلية التي تخرج الفعل من دائرة النية إلى حيز الوجود القانوني .

- والتعريف يتناول المضاربة بوصفها تصرفا من جانب واحد فقط، وكذلك المزارعة والمساقاة .
- وهو باستخدام كلمة التصرف للمشاركين فتح المجال للمشاركات المختلفة من مال وعمل بل وحتى من الوجاهة .
- والمشاركة في الناتج تتناول الأشكال المتعددة للغنم ، كما أنها تصدق على الغرم باعتباره نتيجة للعمل .

أما عن ما تتضمنه شركة العقود؛ فلقد اختلفت الآراء الفقهية في ما يدخل في مفهومها وما لا يدخل، وهذا عرض عام للأنواع المعتمدة عند كل مذهب بعد التعريف بكل نوع .

النوع الأول : شركة العنان :

(١) لغة: (عنّ العين والنون أصلا؛ أحدهما يدل على ظهور الشيء وإعراضه، والآخر يدل على الحبس)^(٣).

(٢) اصطلاحاً: (أن يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما، ليعملا فيه ببدنيهما)^(٤).

(١) ابن قدامة، المغني، ٣/٥ .

(٢) إبراهيم، إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ١٩٨٩، ص ٣٥، هذا ولم يرد في التعريف النص على أن الناتج بينهم، وإن ما جاء فيه هو كلمة الربح؛ ولكنني عدلت عنها حتى يشمل التعريف النماء الحاصل في المزارعة والمساقاة .

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤/ ١٩ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٣ - المرادوي، الإصناف في معرفة الرائج من الخلاف، ٥/ ٣٠١ - الحجاوي، الإقتناع لطالب الانتفاع، ٢/ ٤٤٥ .

وعند الملكية: هي أن يشترط كل واحد من الشريكين على صاحبه أن لا يستبد بفعل شيء في الشركة إلا بإذن شريكه ومعرفته^(١)، فيظهر فيها معنى الحبس .
وزاد الشافعية: (أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس الآخر وعلى صفته ويخلط المالين)^(٢).

فكان شرطهم اتحاد الجنس ليتحقق الخلط الذي يمنع التمييز منعا حقيقيا ، لذلك رجح الشافعية أن أصل العنان استواء طرفي العنان للفرس، لاستواء الشريكين فيها في ولاية التصرف والفسخ واستحقاق الربح على قدر المالين^(٣) .

النوع الثاني: المفاوضة :

(١) لغة: (فوض إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وقوم فوضى؛ متساوون لا رئيس لهم، وفوضه في أمره جراه فيه)^(٤) .
(٢) اصطلاحا: اختلف مفهوم شركة المفاوضة تبعا للاختلاف في شروطها، وذلك عند من قال بها من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة:
- فهي عند الحنفية: (أن يشترك الرجلان فيتساويا في ماليهما -الذي تصح به الشركة- وتصرفهما ودينهما)^(٥) وعلى أن ينص في عقدها على المفاوضة.
فهي شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق^(٦) .

وعلى نسقه كان أحد مفاهيم المفاوضة عند الحنابلة (أن يشتركا في كل ما يثبت لهما وعليهما)^(٧)، واختلف الحكم فيها عند الحنابلة بين قائل بالفساد، وبين مجيز لها. والحق أن جهة الخلاف بينهما منفكة فلا تضاد؛ لأن من قال بالمنع كان بناء على ما جاء في معناها من أن

(١) الخرشبي، حاشية الخرشبي، ٦ / ٣٥٥ - الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ٢ / ٤٣٥ .

(٢) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ٢٣ .

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٤٧٥ .

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ١٠ / ٣٤٨ .

(٥) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٥٦ .

(٦) المرجع السابق .

(٧) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١٨ .

يشتركا على أن يدخل في شركتهما كل ما يحصل لهما، وأن يدخل فيهما الأرباح النادرة^(١)، وإلا بأن كان معناها أن يشتركا فيجمعها في عقدهما كل أنواع الشركة فتصح^(٢).

هذا في مفاوضة شركة الأموال عند الحنفية؛ أما مفاوضة شركة الأعمال: فهي أن يتقبل كل واحد منهما أي عمل كان، وأن يشترط التساوي في ضمانهما وفي كفالة أحدهما للآخر بما يلزمه^(٣).

وأما مفاوضة شركة الوجوه فهي: (أن يتفق اثنان على أخذ المال نسيئة وبيعه وجعل المال المشتري وثمنه وربحه مشتركا بينهما، وكل واحد منهما كفيل الآخر)^(٤). وعند المالكية هي: (أن يطلق كل واحد من المتشاركين التصرف لصاحبه في غيبته وحضوره بيعا وشراء واكتراء)^(٥).

وقريب منه كان المفهوم الآخر للمفاوضة عند الحنابلة: (أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه كل تصرف مالي أو بدني من أنواع الشركة)^(٦)، وكان هذه الشركة اختزلت الأنواع المختلفة من الشركة فيها، فلما صحت كل واحدة منها منفردة، صحت مجتمعة^(٧).

أما الشافعية فلقد أبطلوا المفاوضة بمعنى أن يعقدا على أن يشتركا في ما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان^(٨).

النوع الثالث: شركة الأموال وهي :

(أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان : اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى، أو أطلقا على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على شرط كذا)^(٩).

وشركة العنان هي من مفهوم شركة الأموال عند الفقهاء ما عدا الحنفية الذين قالوا بتتوع شركة الأموال إلى نوعي العنان والمفاوضة بحسب ظروف الاشتراك، ومدى الالتزام بشروط المفاوضة.

النوع الرابع: شركة الأعمال: (١)

(١) المرجع السابق .

(٢) المرادوي، الإنصاف، ٥/ ٣٠١ .

(٣) الباز، سليم، شرح مجلة الأحكام العدلية، ٢/ ٧٢٤ .

(٤) الباز، سليم، شرح مجلة الأحكام العدلية، ٢/ ٧٢٤ .

(٥) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٦٤ .

(٦) البهوتي، (١٩٩٦) الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط١، دار المؤيد، الرياض، ص ٤٠٥.

(٧) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٨ .

(٨) الأنصاري، زكريا بن محمد، (٩٢٦) فتح الوهاب، ط١، دار الكتب العلمية (١٤١٨)، بيروت، ١/ ٣٦٩.

(٩) الكاساني، البدائع، ٦/ ٥٦.

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر ليكون بينهما كسبهما ببدنيهما متساويا كان أو متفاوتا، مع اتفاق الحرفة أو اختلافها (٢).

وتسمى شركة التقبل لأنها يتقبلان الأعمال ، وشركة الصنائع لأن رأس مالها صنعتها (٣)، وكما تسمى بشركة التضامن لأنها تقوم على ضمان كل واحد من الصناع لعمله وعمل شريكه (٤).

وعند المالكية تعرف شركة الأعمال بأنها: (أن يشتركا على عمل الأبدان إذا كانت صنعتها واحدة) (٥).

وعند الحنابلة: (أن يشتركا في ما يتقبلان في ذمتها من عمل ، أو فيما يمتلكان بأبدانها من مباح؛ كاحتشاش، واصطياد وغيرها من المباحات) (٦).

فالشركة في المذاهب الثلاث تقوم على الاشتراك في العمل كرأس مال ، وفي حين أطلق الحنفية نوع العمل ولم يشترطوا الاتحاد فيه، قيد المالكية الجواز باتحاد الصنعة من باب تقليل الغرر الذي يشوب هذا العقد ما أمكن، وفي الوقت الذي قيد الحنفية والمالكية العمل بأن يكون خديما ، أطلق الحنابلة المجال لكل عمل وإن كان في إحراز المباحات .

أما الشافعية: فقالوا ببطلانها التزاما بمبدأهم من اشتراط الاشتراك بالمال المختلط من الطرفين ، ولما فيها من الغرر .

النوع الخامس : شركة الوجوه :

(وهي أن يشترك الرجلان بغير رأس مال على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد) (٧)، وتسمى بالمفاليس؛ لأن الشركاء لا يملكون المال نقداً، وسميت بالوجوه لأن رأس مالهما وجهها (٨). وعند المالكية: أن يدخل على أن يبيعا ويشتريا في ذمتها، فما اشتراه أحدهما كان في ذمتها معا ؛ فإن لم يكن اشتركا في شيء معين فلا تجوز؛ وتسمى عندهم شركة الذمم وهي فاسدة (٩).

(١) إطلاق مصطلح الأعمال على هذا النوع من الشركة أصح من الصنائع، لاتساع مفهوم الأولى بدخول المهن غير الحرفية والتي تعتمد على الخبرة والمعرفة أكثر من العمل البدني . إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٤٠.

(٢) الأنصاري، فتح الوهاب، ١/ ٣٦٩ - ابن قدامة، المغني، ٥ / ٤ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٦٣ .

(٤) التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، ١ / ١٠٢٦ .

(٥) الحطاب، محمد بن عبد الرحمن، (ت ٩٥٤)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ٢٠٠٣، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، ٧/ ٩٤ - القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٠ .

(٦) البهوتي، منصور بن يونس، (ت ١٠٥١)، شرح منتهى الإرادات، ط ٢، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦، ٢ / ٢٢٩ .

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٦٣ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢ / ٢٢٨ .

(٨) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢ / ٢٢٨ .

(٩) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦ / ٥٤ .

ومنعها الشافعي بغض النظر عن تفسيرها؛ وذلك لعدم وجود مال مشترك يرجع إليه عند القسمة^(١).

هذا ما درج على ذكره من أنواع شركة العقد عند الفقهاء - مع الاتفاق أو الاختلاف على حكمها- ثم ألحق بها بعض الفقهاء أنواع أخرى اختلف في انطباق معنى الشركة عليها وهي: عقود المضاربة والمساقاة والمزارعة والتي تعتمد على فكرة (العقد على العمل في مال الغير ببعض نمائه) ^(٢).

النوع السادس: ما يلحق بشركة العقد من مشاركات وهي :
أولا : المضاربة :

(١) لغة: (من الضرب في الأرض ضَرَبَ يضرب ضربا أو ضَرَبَانَا ومَضْرَبًا: خرج فيها تاجرا أو غازيا) ^(٣)، (وقيل الإسراع في السير، والطير الضوارب: الطوالب للرزق) ^(٤)، والضريب: المثل كأنهما ضربا ضربا واحدا ، وصيغا صياغة واحدة ^(٥). وهي والقراض لغتان مستخدمتان لنفس المفهوم .

(٢) اصطلاحا:

عرفها الحنفية والحنابلة بأنها (دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا) ^(٦).

وهي عند ابن عرفة: (تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ التجارة) ^(٧). وعند الشافعية: (أن يعقد على مال يدفعه لغيره ليتجر فيه على أن يكون الربح مشتركا بينهما) ^(٨).

ويظهر لنا بعض ملامح شروط المضاربة - لأن الأحكام لا تأخذ من التعريفات - ففي حين اشترط الحنفية تسليم المضارب المال ليعمل به - كما يفهم من قولهم دفع - فإن المالكية يكتفون

(١) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨٠ .

(٢) حامد ،حسين، (٢٠٠٠)، خصائص الاستثمار الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ١٩ (٢٢٣) ،ص ٢٦ .

(٣) ابن منظور، لسان العرب ، ٨ / ٣٦ .

(٤) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣ / ٣٩٨ .

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرغيناني، الهداية، ٨/ ٤٤٦ - المرداوي، الإصناف، ٥ / ٣١٦ .

(٧) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ٢ / ٥٠٠ .

(٨) الأنصاري، تحفة الطلاب ، ص ٣٩٨ .

بتمكين المضارب من المال، فهي تعقد صحيحة وإن بقي المال بيد ربه على أن يعطى للمضارب بعد ذلك .

كما نلمح من اشتراط الشافعية أن يكون الربح بينهما ؛ تحديدا لتصرفات المضارب بأن يلتزم بما هو من مقتضيات العقد ، في حين لم يلتزم الحنفية هذا التحديد - وإن اشترطوه - كما يفهم من عموم كلمة التصرف ، وإن كان هدفهم منها إطلاق العنان للمضارب بالعمل دون قيود وفي ذلك تحقيق لمقاصد تشريع المضاربة .

ثانيا : المساقاة ^(١) :

اصطلاحا:(معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها) ^(٢)

والتعريفات تكاد تتفق على مضمون المساقاة ؛ إلا ما وقع من الاختلاف حول تكييفها ؛ ففي حين قرر الحنفية والحنابلة على أنها من الشركة ^(٣) ، نرى الشافعية يعتبرونها من عقود المعاوضات ^(٤).

ثالثا: المزارعة: وهي(معاقدة دفع الأرض إلى من يزرعها على أن الغلة بينهما على ما شرطا) ^(٥).

واختلف الفقهاء في اعتبار هذه الأنواع من الشركات :

أما الحنفية ^(٦): فإن أبا حنيفة قال ببطلان أصل المزارعة، وأجاز المساقاة، وحثه أن معاملة النبي عليه السلام لأهل خيبر كانت مساقاة في شجر نابت، عدا عن أنه تصرف بحكم رئاسته للدولة ، فترك الأشجار مع أهل خيبر على نصيب للمسلمين هو من خراج المقاسمة لا من المزارعة ^(٧).

أما عند أصحاب أبي حنيفة فإن المساقاة والمزارعة من الشركة؛ لأن المقصود منها الشركة في الخارج ^(٨)، وأما المضاربة فلقد صرح صاحب الهداية بأنها ليست من الشركة ^(٩).

(١) عدلت عن تعريف المساقاة لغة إلى القول بها اصطلاحا ؛ لأن مفهومها الشرعي - وهو ما يعنينا - هو ذات معناها اللغوي ، ابن قودر، أحمد، تكملة فتح القدير، ٩ / ٤٧٩ .

(٢) البابرتي، العناية على الهداية، ٩ / ٤٧٩ - التسولي، البهجة شرح التحفة، ٣١٣/٢ - النووي، روضة الطالبين ٥ / ١٥١ - البهوتي ، كشاف القناع، ٣ / ٥٦٥.

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٦٧ .

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٠٤.

(٥) النسفي، نجم الدين بن حفص، (٥٣٧)، طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص ٢٧٠ ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خيبر؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم عاملهم بشطر ما يخرج من أرضهم لما فتحها .

(٦) ابن قودر، أحمد، تكملة شرح فتح القدير، ٩ / ٤٦٣ .

(٧) البابرتي، العناية، ٩ / ٤٦٣ . وعرف خراج المقاسمة بأنه: أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض وكان بطريق المن والصلح ، لأنه لو أخذ الكل جاز .

وعند الملكية علق بعضهم بأن موضوع المزارعة أقحم إقحاما في المدونة في باب الشركة، وأن الخلاف حصل في اعتبارها من الشركة أم من الإجارة على العمل، وبناء عليه وقع الخلاف في لزومها ؛ فمن قاربها إلى الإجارة قال: تلزم، ومن غلب عليها وصف الشركة قال: بعدم لزومها^(٣).

في حين نص آخرون على أنها من الشركة، وقالوا: (المزارعة شركة في الحرث) ^(٤)، وهي تدخل في حد الأعمية باعتبار عوض العمل، وبالأخصية باعتبار العمل.

واشترط الشافعي لجواز المزارعة أن تكون في ضمن عقد مساقاة، وأن يكون العقد على النخل والكرم خصوصا، وذلك من باب تقييد المصلحة الضرورية بقدرها، لما في عقد المزارعة من الجهالة والغرر، وأن الإرفاق - الذي هو علة إباحة المزارعة بشروطها - يحصل في هذين النوعين فجاز بهما ^(٥)، بدليل أن النبي عليه السلام إنما عامل أهل خيبر بهذين الصنفين فقط.

وعلى خلاف الشافعية نرى أن الحنابلة كانوا أوسع المذاهب الفقهية في إدراج هذه العقود ضمن مفهوم الشركة ، بالنظر إلى الاشتراك الحاصل في الناتج - ربحا ماديا أو غلة - ، ولأن العمل الذي هو قوام المؤاجرة ليس هو المقصود الأصلي من العقود الثلاثة ؛ بل القصد هو الاشتراك في ما رزق الله ، يؤكد ذلك أنهما إنما يغنمان معا ويغرمان معا^(٦)، وليس الأمر كذلك الأمر في الإجارة ؛ حيث تسلم الأجرة للعامل بغض النظر عن أية اعتبارات أخرى ، طالما أنه سلم نفسه للمستأجر .

والشاهد على اعتبار المزارعة من الشركة، حديث معاذ الذي جاء فيه أنه أجاز بين أهل اليمن الشرك ؛ أي الاشتراك في الأرض وهو أن يدفعها صاحبها إلى آخر بالنصف أو الثلث ^(٧) . وكذلك حديث عمر بن عبد العزيز " إن الشرك جائز " ^(٨)، فهو من هذا القبيل .

(١) ابن مودود، الاختيار في تعليل المختار، ٣ / ٨٠ .

(٢) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٨١ .

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ٧ / ١٥٢ . وممن قال بلزومها: ابن الماجشون، وسحنون من المالكية.

(٤) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ٢ / ٥١٣ .

(٥) المطيعي، تكملة المجموع، ١٥ / ١٥٧ .

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٠ / ٣٥٥ .

(٧) الجزري، أبو السعادات المبارك ابن محمد (ت ٦٠٦ هـ)، النهاية في غريب الأثر، تحقيق طاهر الزاوي، و محمود محمد الطناجي، المكتبة العلمية:بيروت، ٢/٤٦٧ .

(٨) الجزري، أبو السعادات المبارك ابن محمد (ت ٦٠٦ هـ)، النهاية في غريب الأثر، تحقيق طاهر الزاوي، و محمود محمد الطناجي، المكتبة العلمية:بيروت، ٢/٤٦٧ .

وعلى هذا الاعتبار سأسير في دراستي بإلحاق المضاربة والمساقاة والمزارعة في جنس المشاركات ؛ لما بدا لي من تحقق مناط الشركة فيها، أضف إلى ذلك أن الواقع العملي في عمل المصارف الإسلامية في البلدان ذات الطابع الفلاحي أنها تعتمد في استثماراتها على النمطين الأخيرين بالذات^(١)، وأما المضاربة ؛ فإن أدبيات المصارف الإسلامية تؤكد على اعتماد هذا الأسلوب من الشركة كعمدة لقيام عملها، وإن تأخر في بعض الأوقات^(٢).

وفيما يلي خلاصة الآراء الفقهية في ما اعتمد كل مذهب من أنماط شركة العقد-وهي مجال دراستنا-:

- الشركة عند الحنفية تنوع إلى ثلاثة أنواع رئيسية: الأموال، والأعمال، والوجوه، وكل منها يصلح أن يكون عنانا أو مفاوضة^(٣).

أما المضاربة فهي شكل من أشكال التعامل عندهم، إلا أنها ليست من الشركة، وأما المساقاة والمزارعة فالمعتمد من المذهب بأنها شركة.

- وعند المالكية: قالوا بالعنان والمفاوضة^(٤) - بمفهومهما الخاص المختلف عما هو عند الحنفية ، وبشركة الأبدان ، وأما شركة الوجوه فمنعوها لأن الشركة لا تكون إلا على عمل أو مال، وكلاهما معدوم في هذا النوع - باستثناء الصورة الجائزة من شراء المعين ، وهي ما اصطلح عليها بشركة الذمم -، وعدوا القراض والمساقاة من الشركة^(٥).

- وعند الشافعية: قالوا بأن مطلق الشركة على أربعة أقسام^(٦)؛ على أنه لا يصح منها إلا العنان. - وعند الحنابلة: هي خمسة أقسام صحيحة^(٧): العنان والمفاوضة والوجوه والأبدان والمضاربة، وأضاف لها ابن تيمية : المساقاة والمزارعة.

الفرع الثاني : الشركات في القانون:

لا يختلف اثنان أن التأصيل الشرعي للشركات في القانون إنما خرج من رحم الفقه الإسلامي؛ ليس بسبب سبق الفقهاء في عرض مباحث الشركة وتفصيله وعرض أحكامه منذ مئات السنين؛

(١) مصطفى، سراج الدين، إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي التقليدي، (٢٠٠٢)، بحث صيغ التمويل الإسلامي المستخدمة في إطار التجربة السودانية، ص ٣٠٨، ٣٠٧، ٣٤٠.

(٢) أبو زيد، محمد عبد المنعم، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، (١٩٩٦)، ط ١، ص ٩٠.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٥٦.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ٢٧٩.

(٥) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣ / ٤٥٤.

(٦) القليوبي، حاشيتان القليوبي وعميره على شرح جلال الدين المحلي، طبع أصح المطابع، بمبي، ٢ / ٣٣٣.

(٧) البيهوتي، كشف القناع، ٣ / ٥٣٢، ٥٤١، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦٤.

ولكن بسبب التفريع والتنويع والشمول والاستيعاب الذي يقف عليه دارس نظام الشركات في الفقه، وما يلحظه من تشابه - إن لم نقل تطابق أحيانا - بين أنواع الشركة المعاصرة في القانون، وبين ما عُلم من النظام الإسلامي، الأمر الذي يسهل عملية أسلمتها وفقا للضوابط والقواعد الشرعية.

ولقد رأيت أن من تنمة الأمر أن أعرض سريعا الأنواع المختلفة للشركة في القانون، ومطابقتها على أصلها الشرعي، لما وجدت من جهالة في المصطلح الشرعي، مع شيوع المصطلح القانوني .

والشركة على العموم تقسم إلى قسمين: شركات الأشخاص، وشركات الأموال، والمعيار فيها هو أثر وجود الشريك على العمل والتزاماته، أو عدم التأثير بغيابه، علما بأن الفصل التام بين النوعين ليس دقيقا لما بينهما من التمازج، والعبرة للغالب .

أولا : شركات الأشخاص :

وتسمى بشركات الحصص: وتتكون من مجموعة من الأشخاص الذين يعرف بعضهم بعضا، ومن شروطها أن لا يتم الخروج من الشركة ببيع الحصة لغير الشركاء إلا بموافقة الباقين، ثم إن هذه الشركة تنحل بوفاء الشريك أو إفلاسه أو فقدانه الأهلية-على فرض أنهما اثنين-^(١)؛ لأن قوامها معرفة الشخص والرضا بمشاركته؛ لمكان الثقة به . وهي على أشكال ثلاثة :

١- شركة التضامن: وهي من ضمن بمعنى كفل، وهي الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر يعرف بعضهم بعضا، وذلك بقصد الاتجار في نوع محدد أو أنواع متعددة من التجارات، وتتم عملية الاشتراك بتقديم حصة من رأس المال، ويباشر الشركاء العمل بالتجارة باسمهم جميعا، وهم مسئولون بصفة شخصية وبوجه التضامن عن ديون الشركة، بحيث تتجاوز المسئولية الحصة المشارك بها إلى ذمة الشريك الخاصة^(٢).

٢- شركة التوصية البسيطة: وهي الشركة التي تضم نوعين من الشركاء: شركاء متضامنون يقدمون أموالهم ويقومون بالأعمال الإدارية، وهم يُسألون شخصيا وتضامنيا عن ديون الشركة، وشركاء موصون يقدمون المال فقط ولا يسألون إلا في حدود حصتهم في الشركة^(٣).

(١) ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥١، ٧٠ - البستاني، قانون الأعمال والشركات، ص ٣١١ .

(٢) البستاني، قانون الأعمال والشركات، ص ٣١٣، ٣١٧ .

(٣) كرم، عبد الواحد (١٩٩٧)، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (٢)، دار الثقافة: عمان، ص ٢٥٠ - البستاني، قانون الأعمال والشركات، ص ٣٤٠ .

٣- شركة المحاصة: بمعنى الحصة، أو الشريك صاحب النصيب؛ وهي عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر من المشاركة في مشروع مالي، وذلك بتقديم حصة مالية لاقتسام ما قد ينشأ عن العمل بها من ربح أو خسارة، إلا أنها تمتاز بأنها شركة خفية؛ فلا اسم لها، ولا تتمتع بشخصية معنوية - لعدم الوجود القانوني لها -، ويقوم أحد الشركاء فيها بتولي إدارة العمل وعلى مسؤوليته الشخصية^(١).

ثانياً : شركات الأموال :

وهي التي غلب عليها وصف الشركات المساهمة، وتقوم فكرة هذا النوع من الشركات على التنظيم القانوني والذي يجعل تعديل القانون الأساسي من حق الغالبية^(٢)، وهي من اسمها تسعى إلى حشد الأموال للقيام بمشاريع كبيرة غالباً، ولا تكون لشخصية المساهم كبير اعتبار - إلا في حالة نص القانون الأساسي للشركة على شروط خاصة بالمساهم -، لأن قوامها هو ما يقدمه الشريك من المال، وهي تتنوع إلى:

١- الشركات المساهمة - أو المغفلة^(٣) - وهي التي يقسم رأس مالها إلى أسهم صغيرة ومتساوية القيمة، كل سهم منها غير قابل للتجزئة، إلا أنه قابل للتداول، ولا تتعدى مسؤولية المساهم قيمة أسهمه، ولا يؤثر على وجودها وفاة المساهم أو إفلاسه أو فقدانه الأهلية، وللشركة ذمة مالية مستقلة، ولها هيئة إدارية تتولى إدارة شئون الشركة مقابل أجر مالي أو نسبة محددة من الأرباح^(٤).

٢- شركة التوصية بالأسهم: وهي التي تضم فئتين من الشركاء؛ متضامنون ومساهمون، فهي تقف بالوسط بين التوصية البسيطة والمساهمة، وتجمع بين الاعتبارين المالي والشخصي^(٥)، وهي تختلف عن التوصية البسيطة في أن حصص الشركاء فيها عبارة عن أسهم قابلة للتداول، وأن الشركاء المفوضون مسئولون بالتضامن وفي أموالهم الخاصة عن ديون الشركة، أما الموصون - المساهمون - فلا يسألون إلا بنسبة قيمة أسهمهم في الشركة^(٦).

(١) ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥٢ - الحمصي، علي نديم، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، ص ٧٣ .

(٢) ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٧٠ .

(٣) سميت الشركة المساهمة مغفلة وذلك لإغفال الاعتبار الشخصي واعتمادها على المال. انظر: ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٧٠ .

(٤) ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥٢ .

(٥) ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥٤ .

(٦) البستاني، قانون الأعمال والشركات، ص ٤٥٣ ، ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥٤ .

ولا تتأثر الشركة بوفاة هؤلاء الموصين أو إفلاسهم، في حين أنها تتحل بوفاة أو إفلاس أو فقدان الشركاء المفوضين للأهلية^(١).

٣- الشركة محدودة المسؤولية: وهي شركة تتكون من عدد محصور من الشركاء، يقدم كلا حصة من رأس المال، وهي حصة غير قابلة للتداول ولكنها تنتقل إلى الورثة^(٢)، وتكون مسؤولية الشركاء محددة بمقدار قيمة حصصهم، فهي ذات طبيعة مختلطة تجمع بين شركات الأموال من حيث ارتباط مسؤولية الشريك بمقدار حصته فقط، وأن حصته تورث، وأن الشركة لا تنقضي بوفاة الشريك^(٣).

وأما شبهها بشركة الأشخاص؛ فهو من حيث كون المشاركة بحصة من رأس المال لا بالأسم، وأنها غير قابلة للتداول، وبالتالي فلا اكتتاب في تجميع رأس مالها، وإنما بطريق الاشتراك الشخصي^(٤).

وهذه الشركات حاول بعض المعاصرين المقاربة بينها وبين الشركات الشرعية^(٥) فقال: بأن شركات الأشخاص من قبيل شركة المضاربة، وأن شركات الأموال تعتبر في الغالب من قبيل شركة العنان، وأن شركة التضامن من مبادئها ما هو من شروط المفاوضة. والحق أن في ذلك تساهلا يخرج عن دائرة التأصيل العلمي، فهذه الأنواع في القانون وإن كانت تشبه في روحها الشركات في النظام الإسلامي؛ إلا أنها تختلف كثيرا في أحكامها وشروطها، بل وفي معالجة أوجه الخلل فيها؛ كما في تحول المفاوضة إلى عنان عند فقدانها شرط من شروط المفاوضة.

ولمكان شركة المساهمة في القانون - حيث أفرد لها في قانون الشركات الأردني الجديد ثلثي المواد^(٦) -، وصدق معنى شركة الأموال بالمفهوم الشرعي عليها. هذا وسأتناول في مطلب خاص ضوابط الشركات المساهمة، وفي آخر ضوابط الشركات المعاصرة، اعترافا بأهميتها، ودورها الحيوي وقد أصبحت بقوة القانون النمط الاستثماري المعمول به.

(١) البستاني، قانون الأعمال والشركات، ص ٤٥٧، ٤٥٨ - ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) البستاني، قانون الأعمال والشركات، ص ٤٥٧، ٤٥٨ - ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ١/ ٥٥.

(٥) انظر جدول مطابقة شركات المفاوضة والعنان والمضاربة بالتضامن والمحاصة والتوصية البسيطة على الترتيب: سويبة، أنور، شركات استثمار الأموال، ص ٧١، ٧٢.

(٦) سامي، فوزي محمد، (٢٠٠٥) الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، ط ١، دار الثقافة، ص ٢٣٧.

الفصل الأول :الضوابط الفقهية المتعلقة بمقومات عقد الشركة :

المبحث الأول : الضوابط الفقهية المتعلقة بصيغة عقد الشركة :

المطلب الأول: ضوابط الألفاظ .

المطلب الثاني: ضوابط شروط الصيغة .

المبحث الثاني : الضوابط الفقهية ذات الصلة بالعاقدين :

المطلب الأول : ضوابط أهلية العاقدين .

المطلب الثاني: ضوابط العاقدين في شركة المفاوضة .

المبحث الثالث : الضوابط الفقهية المتعلقة بمحل عقد الشركة :

المطلب الأول : ضوابط رأس المال .

المطلب الثاني : ضوابط العمل .

الفصل الأول : الضوابط الفقهية المتعلقة بمقومات عقد الشركة :

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الضوابط الفقهية المتعلقة بصيغة عقد الشركة :

وأتناول في هذا المبحث ما اعتبره الفقهاء أساساً لقيام العقد واعتباره شرعاً، وتمهيداً لترتيب الآثار والتبعات على أطراف العقد، وهذا الأمر وإن اشتركت فيه العقود كلها؛ إلا أنه في الشركة أكد لما يترتب على انعقادها من أحكام خاصة نعرضها في أبوابها، فالعبرة هنا أن يسبق التصرف عقداً يستند إليه، حتى يسوغ التصرف بالمال من الطرفين .

المطلب الأول: ضوابط الألفاظ :

الضابط الأول :

الضابط الرئيسي: [تتعقد العقود بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل] ^(١).

وردت أحكام هذا الضابط عند الفقهاء بصيغ متعددة، نعرض منها :

- عند الحنفية جاء الضابط (ليس اللفظ الخاص بل لازم، بل المعنى إلا في شركة المفاوضة) ^(٢).

- وعند المالكية الضابط هو: (كل ما دل على الإذن في التصرف شرعاً أو عرفاً تتعقد الشركة به) ^(٣) وعليه (تقوم دلالة الفعل مقام دلالة اللفظ في الانعقاد) ^(٤).

- والضابط عند الحنابلة هو: (تتعقد الشركة بما يدل على الرضا، ويعني لفظ الشركة أو ما يدل عليها عن إذن صريح بالتصرف) ^(٥).

وجاء عندهم أيضاً: (تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن، وكل قول أو فعل يدل على القبول، ويصح القبول على الفور والتراخي، ومثل ذلك سائر العقود الجائزة؛ كالشركة والمضاربة والمساقاة) ^(٦).

ويقصد بالضابط أن الشركة خصوصاً - والعقود عموماً - تتعقد بكل ما دل عليها مما هو من مادتها أو موضوعها العام .

(١) ابن تيمية، أحمد، مجموع الفتاوى، ٢٩/٧ .

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/١٥٤ - شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/٣٤٠ .

(٣) القرافي، الذخيرة، ٨/٢١ .

(٤) الدردير، الشرح الصغير، ٦/٤٥٦ .

(٥) الكرمي، غاية المنتهى، ٢/١٦٦ - السعدي، عبدالرحمن، القواعد والأصول الجامعة، ص ٤٨.

(٦) ابن قدامة، المقنع، ٢/١٤٨، ١٤٩ .

والصيغ المتعددة لضابط انعقاد الشركة بالإيجاب والقبول تُعطي ملمحا عن تباين في الاعتبارات المطلوب تحقيقها لجريان عقد الشركة ، وهي تتناول جانبين :

الأول : اشتراط لفظ مخصوص لعقد الشركة، وهو ما بني من مادتها أو حقق معناها .

الثاني : الوقوف عند حد الصيغة لجواز التصرف، أو اشتراط إذن صريح أو حكمي لبدء العمل بمقتضى الشركة .

والأصل في عقد الشركة - وكما في كل عقد - أن تكون الإرادة الباطنة هي مناط مشروعية التصرف، وهي من الخفاء بحيث لزم لإظهارها قول أو فعل يكشف عن مقصود المتعاقدين . فقد ذهب الحنفية ^(١) إلى صحة انعقاد الشركة - ماعدا شركة المفاوضة - بأي لفظ يحقق معنى الاشتراك، والشرط عندهم توجه نية المتعاقدين للاشتراك؛ بأن يكون تصرفهما بدفع المال للشركة لا بغرض التوكيل الجزئي بشراء معين، بل الاتجار بالبيع والشراء لتحصيل الربح والاشتراك فيه، (فالعبارة في العقود لمعانيها لا لصورها) ^(٢).

وفي الوقت الذي وافق المالكية الحنفية على أن مدار الصحة هو ما يحقق رضا الجانبين بإجراء العقد؛ فإنهم أضافوا إلى شرط الرضا حصول ما يدل على الإذن في التصرف من كل واحد من الشركاء، دون أن يقصروه على الإذن اللفظي، بل اتسع نطاقه ليشمل كل ما دل العرف على أنه من الإذن ^(٣).

ومن الإذن القولي أن يقول أحدهما للآخر: أذنت لك بالتجارة في المال، أما الإذن بالفعل: فهو كخلط مال الشركاء ^(٤)، وأولى إذا اجتمعا .

وانعقاد الشركة بدلالة العرف ينسحب عند المالكية على شركة المفاوضة، لا كما خص الحنفية المفاوضة بمفهومهم بشرط التصريح بالاسم أو بالأحكام لانعقادها ^(٥)، ومثلوا لذلك بالإخوة يرثون ثم يعيشون معا فما اشتراه أحدهم ولو من الأصول والعقارات فهو مشترك بينهم كل بقدميراثه ^(٦)، فالشركة بينهم في أصلها وإن كانت شركة ملك، إلا أنهم مع عملهم فيها ونفي الاستبداد عن أحدهم كانوا مفاوضين .

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٥٤ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٦ وهو قول ابن سريج من الشافعية، الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٨٢ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٨٠ .

(٣) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٦ .

(٤) وهناك من اقتصر على الخلط استغناء بالفعل عن القول، فقال بصحة وقوع الشركة بالخلط بدون الصيغة ، انظر: الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٧ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٣٩ .

(٥) الغنيمي، اللباب، ٢/ ٧١ .

(٦) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية الكويتية، ص ٤٨ .

أما الشافعية في القول الأصح عندهم^(١)، والحنابلة في قول^(٢)، فكانوا الأشد في اشتراط لفظ صريح يدل على الإذن بالتصرف بعد حصول الانعقاد بالصيغة؛ لأنه بالإذن يتسلط كل واحد من الشركاء المأذون لهم على التصرف^(٣)، ثم إن قوة التصرف بالإذن تمنع بطلان العقد بوجود شرط فاسد^(٤).

فلم يكن الشافعية بقول أحد الشريكين للآخر: اشتركتنا، ورأوا في صيغة الفعل الماضي مع ما فيها من جزم احتمال إخبار - والخبر يحتمل الصدق والكذب - لا الإذن بالتصرف، وفي قول آخر اكتفوا باللفظ الذي يفهم منه القصد بالإذن عرفا^(٥).

فالقاعدة عند الشافعية (أن التصرف في ملك الغير بحق النيابة إنما يكون وكالة، والوكالة لا تصح إلا بلفظ صريح)^(٦) فالشركة والعقود عموماً لا يُكتفى فيها بالانعقاد العرفي دون تصريح باللفظ .

بل وأكثر من ذلك؛ اشترط أصحاب هذا القول حصول الخلط في المال المستوفي الشروط الشرعية للشركة قبل إجراء العقد وإعطاء الإذن بالتصرف، لما استقر عندهم من أن شركة العقد لا تتم إلا بعد تحقق الملك المشترك بصورة لا يبقى معها تمايز، وأن من أذن له بالتصرف من الشركاء عمل بجميع المال، ومن لم يؤذن له كان له التصرف في ماله فقط . وكان الحنابلة^(٧) في الرأي الراجح عندهم الأكثر مرونة، وإعمالاً لقصد المتعاقدين بأي صورة تكشف عنه ولو بالفعل في ما كثر عقده بالأفعال^(٨)، حيث اكتفوا بلفظ الشركة عن اشتراط الإذن الصريح بالتصرف، وكأنهم نظروا إلى قوام عقد الشركة فرأوه توكيل كل واحد منهما للآخر بالتصرف بحكم الملك في ماله، والنيابة في مال الآخر.

والضابط عندهم أن (العقد العرفي كالعقد اللفظي)^(٩)، وعليه كان إقرار وارث العامل على المساقاة والمضاربة كاف لتجديد العقد^(١٠).

(١) الشربيني، شمس الدين محمد، (١٩٩٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، دار الكتب العلمية: بيروت، ٣ / ٢٢٤ واكتفوا بالقول الثاني على ما يدل على الإذن، لأن مقصود الشركة الإذن في التصرف فأشبهت الوكالة.

(٢) المرادوي، الإنصاف، ٥ / ٣٠٥.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٨٢ .

(٤) المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ٣ / ٢٢٤ - الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٢.

(٦) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٢.

(٧) البهوتي، كشف القناع، ٣ / ٥٣٣.

(٨) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٦ / ٢٩ .

(٩) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٠ / ١٠٩ .

(١٠) المرادوي، الإنصاف، ٥ / ٣٣٣.

وهم وإن اتفقوا مع الحنفية في هذا الحد؛ إلا أنهم لم يشترطوا مقارنة النية لفعل الاشتراك أولقول الاشتراك، طالما أن القصد قد انصب على ذلك^(١).

ثم إن ركون الحنفية إلى المعنى وعدم تفيدهم باللفظ الخاص في الشركات لايتناول شركة المفاوضة، فهي لاتصح عندهم إلا بلفظ المفاوضة أو بالنص على جميع مقتضياتها، والسبب في ذلك خصوصية هذه الشركة من حيث اشتراط المساواة بين الشريكين في المال والتصرف والدين من ابتداء الشركة وإلى انتهائها^(٢)، ولضمان سلامة تحقيقها بشروطها كان من الضروري النص عليها صراحة، وكأنها استثنيت من عموم إطلاق الانعقاد بما يحقق معنى الاشتراك لمعنى خاص، وبقي الإذن عاما في ماعداها .

كما أن المفاوضة عند الحنفية هي حالة تمتد على أنواع الشركة المختلفة؛ من الأموال والأعمال والوجوه، وعليه ترتب على هذا الشرط أن قرر الحنفية أن: **[الشركة إن وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان لأنها الأدنى]**^(٣)، وهو كذلك عند المالكية مع اختلاف مفهوم الشركة مفاوضة بينهما^(٤).

والحقيقة أن رأى الحنفية والحنابلة فيه من المنطق الشرعى والواقعى مما يجعله أكثر قبولا؛ ذلك أن صيغ العقود المشتقة من مادتها هي الأصرح في دلالتها على الحكم، وعقد الشركة بصيغة اشتركتنا التي لم يقنع بها الشافعية بدون الإذن الصريح، حتى أنهم اشترطوا حصول الإذن عند انتقال المال الموروث شركة بين ورثة، وقالوا إن الإذن فى غير هذه الصورة مطلوب بناء على اشتراطها هنا، وهو قياس مع الفارق؛ لأن عملية الانتقال فى المال المشترك على سبيل الميراث تحول فى النية من إذن المالك القديم - المورث - إلى إذن المالك الجديد - الوارث -، فكان طلب الإذن الصريح هنا منسجما مع الأصول العقلية والشرعية .

ولعل الشافعية أرادوا حفظ الأموال على أصحابها، فقرروا أن ذلك لا يكون إلا بلفظ صريح فى موضوع الشركة مع صدور الإذن بالتصرف فى مالا يحتمل معه القول شيئاً آخر ، ومع ذلك فافقد قرروا ضابطا بصيغة الحكم حيث قالوا: **[بصحة العقود بالكنيات]**^(٥) .

(١) وكان الفرق بين القصد والنية هو أنه فى القصد توجه الفعل إلى الأمر الذى انعقدت النية له، بمعنى دخول النية مرحلة التنفيذ بالفعل.

(٢) الغنيمي، الباب فى شرح الكتاب، ٢ / ٧٠ .

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ١٨٨/٦ - ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ١٨/٣ .

(٤) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣ / ٤٦٤ .

(٥) الشريبي، معنى المحتاج، ٣ / ٢٢٣ .

ومن أمثلته ما تجوزوا به في عقد المساقاة عندما أجازوها بكل لفظ يدل على معناها، وقالوا: إن مثل المساقاة من العقود ينعقد بالكناية، كأن يقول رب الشجر للعامل: تعهد نخيلي بكذا، أو اعمل على نخيلي بكذا^(١).

في حين انصرف نظر المالكية إلى معنى الرخصة في المساقاة والمزارعة، والرخص تفتقر إلى ألفاظ تختص بها^(٢).

وأقول ربما نظر الشافعي إلى ما في المساقاة من التحديد والتقييد فلا هي مطلقة في الأنواع، ولا هي خالية من تحديد الزمان، فكان عقدها جائزا حتى بالمعاطاة^(٣).

وخلاصة الأمر؛ إن في قصر جواز الانعقاد على لفظ خاص لا أراه، طالما أن أمور الشركة وحقوقها واضحة للمتعاقدين، خصوصا وأنا نشترط اليوم تسجيل العقد بوثيقة منصوص فيها على ما عليه قوام أمر الشركة وكل ما يحفظ حقوق عاقدتها، مع ما في قول الشافعية من الوجاهة ما يسد معه باب المنازعة والاحتياط لأمر الشركاء، خصوصا مع اختلاف الأحكام وتتنوع الآثار بتنوع أنماط الشركة.

ومن نماذج الإذن العرفي ما يحصل اليوم بتجدد عقد المضاربة مع البنك تلقائياً، إن ذكر ذلك في عقد المضاربة الأول، دون ما حاجة إلى التجديد اللفظي أو القول بأن العقد الجديد لا بد له أن يستوفي شروط الانعقاد، أو ما يقوم به البنك من الكتابة إلى المودع بما يفيد الإخبار بالتجديد^(٤). والكلام في ما مضى وإن كان في الصيغة عموماً؛ إلا أنه في جزء الإيجاب منها أظهر - وهو الكلام الذي يصدر أولاً لتكوين العقد - أما القبول - وهو ما يصدر ثانياً - فضابطه:

[كل قبول جائز أن يكون بلفظ قبلت، وباللفظ المحاكي للفظ الإيجاب، أو المرادف للفظ الإيجاب]^(٥)

كأن يقول أحد الشركاء للآخر: شاركني بألف دينار شركة عنان فيقول الآخر شاركتك، أو ما يرادفها من خلطت، أو بالفعل؛ ومثاله أن يقدم الشريك مبلغاً من المال مساو لمبلغ الآخر.

وقيل: إن العقد ينعقد كذلك مع سكوت القابل؛ وجاءت القاعدة بصيغة الاستفهام لتوضيح الاحتمال بالانعقاد بالسكوت [السكوت على الشيء هل هو إقرار به أم لا؟]^(٦).

(١) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٥٧.

(٢) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ٢/ ٣٢٠.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٥٧.

(٤) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ٢/ ١١٠.

(٥) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١/ ٢٣٥.

(٦) الشنقيطي، أحمد (١٩٨٣)، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر،

ويبدو لي أن الأمر مرهون بظروف الحال، وإلى المقام الذي عرض فيه الكلام ، وإلا فإن الأصل أن لا ينسب إلى ساكت قول^(١)، حتى إذا كان العقد من العقود اللازمة فإنه لا يصح إلا بالقبول لفظاً^(٢).

ومن ضرورات المباشرة بالقبول ما تقرر من أن حق التملك أضعف من حقيقة الملك؛ بمعنى أن الموجب يملك الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فكان في التصريح به نوع من الضمان^(٣). ولقد علل من أجاز عقد الشركة إن وقع القبول بالفعل؛ بأن الشركة لما كانت من التوكيل بالتصرف والإذن فيه، فإن وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لم يُنقل عنهم بعد تكليفهم سوى امتثال أمره، دون أن يصدر منهم القبول بالقول، ولأن الشركة إذن بالتصرف فيكفي تنفيذ ما أذن فيه للقول بانعقاده^(٤).

وقيل: (يشترط في صيغ العقود كوكلتك صدور القبول بعدها؛ إلحاقاً لصيغة العقد بالعقد، أما في صيغة الأمر: كاشتر بألف بيني وبينك شركة لا يشترط، إلحاقاً للأمر بالإباحة)^(٥). والقبول كما يقع على الفور فإنه يصح في الشركة - بما فيها من توكيل - على التراخي طالما أن الإذن قائم^(٦).

وعليه فإن ما يجري اليوم في نظام الشركات المساهمة والاكنتاب فيها، بعد أن يصدر قرار السماح بالاكنتاب العام في شركة مساهمة تحت التأسيس، وبعد أن يفتح باب الإذن بالمساهمة لفترة محددة - قد تمتد إلى الأسبوعين -، فإن هذه الفترة أراها من باب تأخر القبول عن الإيجاب المعلن، والذي يوكل - بناء على القانون - أحد البنوك في الدولة بإتمام وثيقة العقد عندما يوافق المساهم على بنودها، ويثبت توقيعه عليها مع دفع قيمة الأسهم التي يسمح بالمشاركة فيها^(٧).

ولقد قرر مجمع الفقه الإسلامي جواز إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، وقرر أن العقد ينعقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله^(٨).

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٨٩ .

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ٣ / ٤٣١، وانظر شروط القبول: ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١ / ٢٣٥، والشافعية وإن قالوا بأن الشركة عقد جائز، إلا أنهم اشتراطوا حصول القبول لفظاً كما الإيجاب، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٠.

(٣) إبراهيم، أحمد (١٩٤٤)، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ط ١، ص ٥٤ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥ / ٥٤ .

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ٣ / ٢٤١ .

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥ / ٥٤ .

(٧) انظر آليات الاكنتاب ومرآته: المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ١١٢ - حمود، سامي (١٩٩٦)، الأدوات التمويلية الإسلامية

للشركات المساهمة، (ط ١)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ص ١٠١.

الضابط الثاني:

[من خرس لسانه، وتعذر بيانه، فإن إشارته تقوم مقام لفظه] (٢).

وجاء الضابط بصيغة أخرى: [الإشارة من الأخرس معتبرة، وقائمة مقام العبارة في كل شيء] (٣).

والكلام في هذا الضابط يعرض للبدائل الشرعية للصيغة، ومرد هذا الانتقال من الأصل -باللفظ أو الفعل- إلى الإشارة؛ هو العجز الحسي -خرس لسانه-، أو المعنوي -تعذر بيانه-، وما ذاك إلا لرفع الحاجة الواقعة بالمتعاقدين.

والضابط يندرج في حكم الضابط الرئيس بعمومه؛ فقد رأينا كيف أن الإذن العرفي يقوم مقام الإذن باللفظ، والعرف جرى على أن من عجز عن العبارة تحول إلى الإشارة، ومن احتاج إلى الكتابة استعاض بها عن العبارة.

وعليه فإن إجراء عقود الشركة اليوم عبر الإنترنت - كمبدأ تخاطب وتواصل بين المتعاقدين - ليس هناك ما يمنعه، مع ضرورة مراعاة الاحتياطات والاشتراطات الأخرى؛ في رأس المال، والقبض وغيرها، كما أن إجراء العقد وفسخه بالشركات المساهمة بيعا وشراء لامانع منه ما دامت إجراءات التنفيذ سليمة شرعا.

الضابط الثالث:

[اللفظ إذا صلح لمعنيين، واقترن باللفظ حكم أحدهما انصرف إليه] (٤).

والضابط: [اللفظ الموضوع للعقد إذا وجد معه ما ينافيه بطل للتهافت] (٥).

وأعرض هنا لرأيين بأصلين مختلفين، بناء على ما استقر من صحة إجراء العقود بأي لفظ مفيد للمعنى، والاعتماد على القصد وظروف الحال في تصحيح التصرف -كما عند الحنابلة-. والكلام هنا يعرض لمسألة: إن كان اللفظ في العقد يصلح لأكثر من معنى فهل يترجح أحدهما، ويترتب عليه إجراء حكم ما وضُح من معان -إعمالا لكلام المتعاقدين ما أمكن وعدم إهماله- أم أن تعدد المعاني في اللفظ أو الألفاظ المقترنة بصيغة عقد واحد يسقط العمل بها لتعارضها؟

(١) دورة مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي السادس بجدة، الموافق مارس-١٩٩٠، القرار رقم (٥٤ / ٣ / ٦).

(٢) ابن عبدالسلام، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١٩٦٨، ٢ / ١٧٥.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٤.

(٤) من استقراء أقوال الفقهاء التفصيلية توصلت إلى هذا الضابط، انظر ابن قدامة، المغني، ٥ / ٢١.

(٥) الزركشي، بدر الدين محمد، المنشور في القواعد، (ط١)، مؤسسة الفليج: الكويت، (١٩٨٢)، ٣ / ١٢٧.

والتهافت: من هفت؛ كلمة تدل على سقوط شيء، وتهافت الشيء تساقطه قطعة قطعة، وكل شيء انخفض وانخفض فقد هفت وانتهت.

انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٦ / ٥٧.

وبناء على الضابط الأول: إذا قال رب المال للعامل في المضاربة: خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لي، كان إبطاعاً^(١) لا قراضاً؛ لأن قوله خذه فاتجر به يصلح للمعنيين، وقد قرن به حكم الإبطاع، فانصرف إليه وذلك عند الحنابلة^(٢).

وقيل: بل هي استعانة بعمله لا قراض، فهو متطوع ولا أجر له، والربح كله لرب المال وذلك عند الشافعية^(٣)، ولو قال مع ذلك: وعليك ضمانه؛ لم يضمنه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه.

وبذلك نكون قد أجرينا حكمه ومنعنا من تنفيذ شرطه الذي ناقض مقتضى معنى العقد الذي رجحناه؛ هذا عند من قال بعدم بطلان العقد بفساد الشرط^(٤).

وبناء على الضابط الثاني: إذا قال رب المال للعامل: قارضتك على هذه الألف فاتجر بها، وربحها كله لي سقط للتهافت وفسد القراض؛ وبه قال الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)؛ لأنه نص على أنه قراض ثم قرن باللفظ ما يخالف مقتضاه، فحصل التناقض بين حكم العقد في أوله وآخره فيفسد، ونجري عليه حكم الفساد فيكون الربح كله لرب المال، وللعامل عند زفر أجره المثل^(٧)، وعند الشافعية لا أجر له لأنه متطوع أصلاً^(٨).

في حين ذهب جمهور الحنفية إلى أنه إبطاع صحيح^(٩)؛ لأنه أثبت له حكم الإبطاع فانصرف إليه بقوله والربح كله لي، وإن كان العقد في صيغته قراضاً، إلا أن الحنفية نظروا إلى مقصود العقد الأعظم - وهو الربح - فأعملوا حكم الإبطاع عملاً بتصحيح العقد ما أمكن دون ما وقوف كبير عند ظاهر الألفاظ، وإن كانوا قد اشتروا لتصحيح التصرف أن لا يخالف الملفوظ^(١٠)، وأظنهم قصدوا المخالفة من كل وجه، لا من وجه دون وجه.

-
- (١) الإبطاع هو: دفع المال لآخر يعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال، ولا شيء للعامل. ابن عابدين، رد المحتار، ٣/ ٣٤٤.
- (٢) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢١.
- (٣) الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، (تحقيق علي معوض)، ط١، دار الكتب العلمية: بيروت (١٩٩٤)، ٦/ ٣٣٢.
- (٤) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٢ - ابن قودر، تكملة فتح القدير، ٨/ ٤٥١، وأما عن مدى تأثير العقد بالشرط الفاسد وعدم تأثره فسعرضه بالتفصيل في الفصل الرابع إن شاء الله.
- (٥) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٣٣٢.
- (٦) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢١.
- (٧) البغدادي، مجمع الضمانات، ط١، المطبعة الخيرية، (١٣٠٨)، ص ٣٠٤.
- (٨) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٣٣٢.
- (٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٨٦.
- (١٠) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٨٦.

وهم في ذلك منسجمون مع أصلهم من أن الشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة ، وأن عقد المضاربة لا يتوقف في صحته إلا على القبض، أما الشرط الزائد فلا يفسده إلا إن عاد على المعقود عليه - وهو في المضاربة الربح - فيفسد^(١).

الضابط الرابع:

[إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في عقد آخر؛ هل العبرة باللفظ أم بالمعنى؟]^(٢)

ومثاله لو قال أحد المتعاقدين للآخر: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف؛ فالعقد صحيح عند الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤)، فاسد عند الشافعية^(٥).

وأوضح الحنابلة السبب فقالوا: لما كانت المزارعة بمعنى المساقاة من حيث أنها تحتاج إلى العمل بالسقي^(٦)، فكأن العاقد قصد المزارعة على الأرض، والمساقاة على الشجر، فجاز إدراج العقدين على المحليين المذكورين بلفظ واحد هو لفظ المساقاة لصدقه عليهما كل حسب موضوعه ومجاله.

والضابط الذي يعمل هنا هو: [إن عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق صح]^(٧).

أما عند الشافعية فإن المساقاة لا تتناول الأرض، وهي لاتصح إلا على النخل والكرم فقط^(٨)، فهم وإن بدا أنهم قد خرجوا عن الضابط؛ إلا أنني أراهم أعملوه وفق ما استقر عليه مذهبهم من أحكام؛ فالمزارعة عندهم ليست مشتقة من المساقاة، بل الأولى صريحة في موضوع العمل على الأرض البيضاء، والمساقاة على نوع خاص من الشجر.

وكما لو ساقاه بلفظ الإجارة لم يصح على الأصح عند الشافعية^(٩)؛ لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر، فإن أمكن تنفيذه في محله بشروطه نفذ، وإلا فالإجارة فاسدة، لعدم تحديد الأجرة في عقد المساقاة، وتركها نسبة شائعة.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٦/٦ .

(٢) ابن خطيب الدهشة، نور الدين محمود، مختصر من قواعد العلامي وكلام الأسنوي، ط٢، وزارة الأوقاف: قطر، (١٩٩٩)، ١/ ٣٠٠ - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٣١ .

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٦٦ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٤٤ .

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤٢٩ .

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٤٤ .

(٧) توصلت إلى هذا الضابط من مجمل الشرح في: ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢١ .

(٨) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٥٠ .

وتأكيداً لهذه المعاني قرر الشافعية:

[إن الصريح في بابه إنما يُمنع أن يكون كناية في غيره إذا وجد نفاذاً في موضوعه]^(٢).
وأصرح منه قولهم [كل لفظ صريح استعمل في مكان إمكان استعماله لم يجز أن يصرف بالنية إلى غيره]^(٣).
وهو كذلك عند المالكية، حيث قرروا أن [الكلام إذا سيق لمعنى لا يحتج به في معنى غيره]^(٤).

وعلى الضابط الذي قرره الشافعية، لو عقدت الشركة بلفظ المفاوضة، واقتزنت بنية العنان صح العقد عندهم^(٥)؛ لأنه لم يجد نفاذاً عندما عُقد بصيغة فاضحة، لما استقر عندهم أنه لا باطل أعظم من بطلان شركة المفاوضة^(٦)، وتصحيحاً للعقد تقع الشركة عنانا لتوجه النية لعقدتها بذلك، وإن كان اللفظ مغايراً.

وهم مع ذلك لا يقبلون أن يعقد القراض بالكناية^(٧)، لأنه بناء على الضابط صريح في بابه، وخاص بأحكامه، فلا بد من لفظ صريح له .

ولما كانت الشركة عقداً ممتداً في الغالب؛ فإنه يستحب الكتابة في مثله، ليكون حكماً بينهما في ما يجري من منازعة، وينبغي أن يكتب على أوثق الوجوه، ومن توثيقه ذكر تاريخ الاشتراك؛ حتى لا يدعي أحدهما لنفسه حقاً في ما اشتراه قبل هذا التاريخ^(٨)، وعليه كان الإشهار والقيود في السجل التجاري -أودائرة مراقبة الشركات- مهما لبيدأ الوجود القانوني للشركة في ممارسة عملها^(٩).

(١) المرجع السابق، ص ١٥٧ .

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤٣١ .

(٣) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١/ ٢٥١ .

(٤) المقرئ، القواعد، القاعدة الثالثة بعد المئتين، ٢/ ٤٤٦ .

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨٠ - قلوبى، شهاب الدين، حاشيتان القلوبى وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ٢/ ٣٣٣ .

(٦) المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المهذب، ١٤/ ٥٩ .

(٧) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٤٣ .

(٨) السرخسي، الميسوط، ١١/ ١٦٨ .

(٩) البعلبي، عبد الحميد، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي الواقع والأفاق، ط١، مكتبة وهبه، ١٩٩٠، ص ٩١

المطلب الثاني: ضوابط شروط الصيغة :

الضابط الأول :

[متى صدر الإيجاب والقبول من أهلها ، وصادف محلا لحكهما ، ثبت الانعقاد]^(١).

والكلام هنا أقرب إلى القاعدة العامة التي تحدد شروط قابلية العقد لاستتباع آثاره باستكمالها لمتطلبات الانعقاد؛ من أهلية العاقدین للتصرف في ما يحتاج إليه العقد مدار التأسيس، وأن يكون المعقود عليه - وهو المحل - قابلا لتنفيذ حكم العقد فيه.

ولأهمية هذه الشروط في موضوع الشركة؛ اخترنا أن نتناولها بالدراسة في مبحثين مستقلين. والضابط هنا وإن وافق رأي الشافعية في اشتراط صيغة صريحة لعقد الشركة؛ إلا أنه ينسجم مع الأصول العامة للمذاهب الفقهية الأخرى، لأنه لانزاع في اعتبار الصيغة المستكملة الشروط بأنها الأصل المنفق عليه عند الجميع للانعقاد، وإن تسامح غير الشافعية بانعقاد الشركة بكل وسيلة يُفهم منها هذا القصد، كما اتضح معنا في المبحث السابق.

والأمر في ظاهره وإن بدا تشددا عند الشافعية؛ إلا أنه يهون إذا علمنا أن الشركة والمضاربة من العقود الجائزة عندهم^(٢)، وكان لنا أن نتأول اشتراطهم الصيغة الخاصة بالإذن في عقد الشركة أنه من باب حفظ الأموال على أصحابها.

التطبيقات العملية:

إن مجرد إعلان الشركة على شبكة الانترنت أنها تبرم عقود مشاركة متناقصة^(٣)، لايعتبر عقدا ولاشبهة عقد، لأن المكتوب مجرد افتراضات وليست عقدا حقيقة، وهي إيجاب من الشركة لم يحظ بقبول من العميل، وحتى لو وافق ضمنا أو مشافهة فإن المكتوب ليس هو حقيقة العقد^(٤). فعلى حكم الضابط لم تستجمع هذه الصيغة شروط الانعقاد اللازمة للقول بصحتها.

(١) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢ / ٢٧٣ .

(٢) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ١٠٠ - الشريبي، مغني المحتاج، ٣ / ٢٢٨ - الذهبي، مصطفى، الرسالة الذهبية في المسائل الدقيقة المنهجية، مطبعة محمد الحموي، ص ٤٤ .

(٣) هي نمط من الشراكة المتولدة عن نموذج شركة العنان، تقوم على أساس التناقص التدريجي لحصة الشريك الممول - والذي غالبا ما يكون هو المصرف الإسلامي - حيث يتواعد الطرفان على أن يشتري المستثمر أجزاء من حصة الشريك الممول كل فترة زمنية معينة وتنتهي الشركة إلى أن يشتري الشريك المستثمر كل حصة الشريك الممول، بعد انقضاء هذه الفترات الزمنية . انظر: قحف، منذر (١٩٩٣)، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، العددان (٦٧) - (٦٨)، ص ١٠٩ .

(٤) القضاة، معن، شركات التمويل الإسلامية العاملة على الساحة الأمريكية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

الضابط الثاني:

[من ملك التنجيز ملك التعليق] ^(١)

لما كان الأصل في عقد الشركة أن يقع منجزاً؛ فإنه قد يحصل وترد في العقد صيغة يتعلق فيها حصول العقد بتحقق أمر ما، والضوابط التالية تبين مدى قابلية عقد الشركة لأن يعلق حصوله على حصول أمر آخر :

- عند الحنفية: [عقد الشركة عقد توكيل يقبل الإضافة] ^(٢)، وألحق بهذا الضابط: الشركة كالمضاربة تقبل الإضافة. ^(٣)

- وعند الشافعية: [ما كان تملكاً محضاً لمدخل للتعليق فيه قطعاً، وما كان حلاً محضاً يدخله قطعاً] وبينهما مراتب يجري فيها الخلاف ^(٤).

وجاء عندهم أيضاً: [كل عقد علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة فسد بالتعليق] ^(٥) وجاء في تعليق هذا الضابط؛ أن الأصل الذي استقر عليه موضوع الشركة هو أن مبناها على الوكالة ^(٦)، فما جاز في عقد الوكالة من التعليق والإضافة، فإنه يُعدى حكمه إلى الشركة، وهذا الأصل - أن مبنى الشركة على الوكالة - هو مرجع باب الشركة بأحكامه، وما من حكم أو خلاف فقهي إلا وكان أصل النزاع فيه ما يملك الوكيل فعله وما لا يملك .

وأتناول هذا الضابط من خلال النقاط التالية :

أولاً: تحليل مصطلحات الضابط، وملحقته :

لما كان الأصل في العقود جميعاً التنجيز؛ ويقصد به أن تكون الصيغة سبباً للانعقاد وترتب الحكم في الحال، وهي تكون كذلك إن خلت من التعليق على شرط، أو إن لم يضاف العقد إلى المستقبل ^(٧).

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٧.

(٢) الغنيمي، اللباب، ٧٨ / ٢ .

(٣) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ٣٠٩ / ٢ - وعند الحنابلة الشركة كالمضاربة، انظر: المرادوي، الإحصاف، ٣٠٧ / ٥ .

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٥٣. ومن التملكيات المعاوضات والتبرعات، ومن الثانية الوكالة، هذا والعقود عموماً تقسم إلى مجموعات هي: التملكيات، والإسقاطات - كإطلاق -، والإطلاقات، وعقود الاستيثاق - كالكفالة والرهن -، ثم عقود الاستحفاظ - كالوديعة - . انظر: إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ٤٨ .

(٥) ابن الوكيل، محمد بن عمر (٥٧١٦هـ)، الأشباه والنظائر (ط١)، مكتبة الرشد: الرياض، ١٩٩٣، ٣٢٠ / ١ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٩ / ٦ - الدردير، الشرح الصغير، ٤٥٨ / ٣ - الشربيني، معني المحتاج، ٢٢٢ / ٣ - ابن قدامة، المغني، ١٣ / ٥، والحقيقة أن الشركة مبناها على الوكالة، ولكنها ليست كالوكالة من كل وجه، بدليل إن مقصود الشركة الربح، ومقصود الوكالة تملك العين.

(٧) إبراهيم، أحمد، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٧١ .

ومثال ذلك في الشركات أن يقول الرجل لآخر: شاركك بألف دينار للاتجار بالحريير، فيقدم الآخر مثلها ويتم العقد .

أما التعليق على الشرط فهو: التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل^(١)، أو هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر، وحكمه: أن العقد يوجد بعد وجود المعلق عليه^(٢)، أما في الحال؛ فهو لا ينعقد علة للحكم عند أبي حنيفة لأن المعنى في التعليق أن يتأخر الحكم بتأخر الشرط^(٣).

وعند الشافعية؛ ينعقد علة في الحال، ولكن يتراخى الحكم حتى وجود الشرط المعلق عليه^(٤). أما العقد المضاف فقد عرفه الحنفية بأنه: ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، وحكمه: أنه ينعقد سببا في الحال، ولكن لا يترتب عليه أثره إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه^(٥)؛ وذلك كقول أحدهما للآخر: متى جاء رأس العام اشتركتنا على الوجوه نشترى بالدين ونبيع بالحال والربح بيننا على النصف، فيقول الآخر: قبلت. ومن التعريفات السابقة يظهر لنا أن المذهب الحنفي في العقد المضاف، كالشافعي في العقد المعلق^(٦).

وقيل إن ثمة اختلاف بين التعليق وبين ارتباط العقد بالشرط؛ وهو أن التعليق هو ما دخل على أصل الفعل فيه بأدائه كإن، وإذا، ومثاله أن يقول الشريك لشريكه: إن بعت عروضك بألف فقد شاركك. أما ما ارتبط بالشرط: فهو ما جزم فيه بالأول وشرط فيه بالآخر^(٧)، ومثاله أن يقول أحدهما للآخر: شاركك على النصف إن بعت عروضك . ولا أرى أثرا عمليا في التطبيق؛ لأن المآل في الأمرين تأخر الحكم حتى يتحقق المعلق عليه، أو يوجد الشرط .

ولقد فرق الشافعية بين حالتين :

(١) الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ٤١٥ .

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٧ - إبراهيم، الإلتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٧٣ .

(٣) إبراهيم، الإلتزامات في الشرع، ص ١٧٤ .

(٤) المرجع السابق، ص ١٧٣ .

(٥) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥/ ٥٤ - إبراهيم، أحمد، الإلتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٧١ .

(٦) إبراهيم، الإلتزامات في الشرع، ص ١٧٤ .

(٧) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٥٣ .

الحالة الأولى : تعليق العقد بشرط من صفة أو وقت: كقوله: إذا قدم فلان أو جاء رأس السنة فقد شاركك، وفي هذا قولان: الأول: لا يصح كسائر العقود، والثاني: إنه يصح بالقياس على الوصية^(١).

ورد عليه: إن التوكيل في العقود يختلف عنه في الوصية؛ لأن هذه (تقبل الجهالة فتقبل التعليق)^(٢)، وكأنني أرى ضابطهم هو: [ما جاز عقده مع الجهالة جاز فيه التعليق] وفي حالة التعليق لا تدري هل يحصل معه ما التزم به ويبقى عليه أم لا؟ لذلك ترى من الحنفية من اعتبر التعليق من المقامرة، وما ذاك إلا لهذه الجهالة^(٣).
ومع ذلك فإنه مع الفساد في القول الأول ينفذ التصرف عند وجود الشرط، وذلك لوجود الإذن؛ لأن كل تصرف صادف الإذن ينفذ وإن فسدت الوكالة، مادام الإذن في ذاته صحيحاً، ومن الإذن الفاسد أن يقول أحدهما: أذنت بالعمل لكل من أراد مشاركتي .
الحالة الثانية: إذا نجز العقد وشرط للتصرف شرطاً جازاً؛ كما لو قال: شاركك على النصف إن بعث عروضك بألف^(٤).

ثانياً: آراء الفقهاء في مدى قبول عقد الشركة للتعليق والإضافة:

والبحث في آراء الفقهاء في مدى قبول عقد الشركة للتعليق والإضافة هو في حقيقته الخلاف الحاصل في جواز تعليق الوكالة على الشرط؛ لما ثبت من أن الشركة في جوهرها توكيل كل واحد من المتشاركين توكيلاً ضمناً بالتصرف بالمال والعمل.
واختلفت كلمة الفقهاء فيها على قولين :
القول الأول: يجوز تعليق الوكالة - وبالتالي الشركة - على الشرط، وهو قول الحنفية^(٥)، والحنابلة في قول^(٦)، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول، أما من المنقول :
١- ما ثبت من قول النبي صلى الله عليه وسلم للقادة يوم مؤتة: " أميركم زيد، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبداً بن رواحة"^(٧).

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٤١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٤/ ٢٢٢

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٤٢ .

(٥) وذلك بناء على قولهم بأن الوكالة لازمة في كل أنواع الشركة، الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٩ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار

على الدر المختار، ٤/ ٢٢٢

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٥٤ .

(٧) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبدالله القرطبي، (ت ٤٦٣ هـ) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ١٠م، (تحقيق

مصطفى العلوي و محمد البكري)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية : المغرب، ١٣٨٧هـ، ٨/ ٣٨٨.

وجه الدلالة: النص صريح في دلالاته على تعليق إمارة كل واحد من القادة الثلاثة بمقتل السابق، وأن إمارة التالي لا تتحقق إلا عند حصول الشرط، وهو غياب السابق بالقتل وهكذا، فدل ذلك على جواز تعليق الوكالة على الشرط، وهو هنا شرط مفيد وفيه مصلحة .

٢- وأما دليلهم من المعقول: إن عقد الوكالة بما هو تمكين للوكيل من التصرف؛ فإن تأخير الإذن لمصلحة الموكل بربطه بتحقق المشروط أو انتظار زمان معين لا يضر بالوكيل؛ لأن المقصود بالعقد هو إباحة التصرف فلا يضر تأخرها، فمن ملك التتجيز ملك التعليق^(١) .
القول الثاني: عدم صحة تعليق صيغة عقد الشركة على الشرط، وبه قال: المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة في قول^(٤) .

أما عند المالكية فلما كان مبنى الشركة على البيع والوكالة^(٥)؛ فإن البيع والإجارة ونحوهما من العقود يقبل الشرط دون التعليق عليه، ومثل له صاحب الفروق بأن يقول: بعثك على أن تأتي بالكفيل بالثمن، فهو شرط مقارن لتتجيز العقد^(٦) .

أما التعليق بمعنى قوله: إن قدم فلان فقد بعثك فلا يصح^(٧)؛ لأن انتقال الأملاك قوامه الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يعترضه عدم الحصول^(٨) .

وأما الشافعية فالضابط عندهم يفرق بين ما هو من التملك المحض - كالبيع - فلا يدخله التعليق، وبين ما هو من الإطلاقات - كالوكالة والمضاربة - حيث يجوز تعليقه، والشركة وإن كان مبناها على الوكالة؛ إلا أنها مرتبة وسط بين البيع والوكالة.

وقد نص السيوطي على أن مما لا يقبل التعليق ويقبل الشرط الوكالة - وهي أصل الشركة -، والإجارة - وهي أصل القراض -^(٩) .

(١) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٥٥ .

(٢) القرافي، أحمد بن إدريس (٥٦٨٤هـ) الفروق، (٢٠٠٢)، المكتبة العصرية: بيروت، ط١، الفرق الخامس والأربعون، ١/ ٢٤١ .

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٥٣ ، وكذلك الحال في المضاربة عندهم، وتعليقها على شرط يفسدها فيكون الشراء لرب المال، وللعامل أجر المثل . انظر: ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٣ .

(٤) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٦٤ . والحكم كذلك في المضاربة عندهم، أن تعليقها على الشرط يفسدها، ويكون الشراء لرب المال، وللعامل أجر المثل . انظر: ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٣ .

(٥) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ٢/ ٤٣٣ .

(٦) القرافي، الفروق، ١/ ٢٤١ .

(٧) القرافي، الفروق، ١/ ٢٤١ .

(٨) القرافي، الفروق، ١/ ٢٤١ .

(٩) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٥٣ .

وعند الحنابلة جاء في تعليل المنع من الشركة بالعروض؛ أنه إذا أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان، وهو لا يصح^(١).

ولقد وقفت على رأي للحنفية يقرر أن الشركة لما كانت مما يمكن تملكه في الحال؛ فلا تصح إضافة العقد للزمن المستقبل كما لا يصح تعليقه^(٢).

ومما يصح إضافته إلى المستقبل: ما لا يمكن تملكه في الحال كالزراعة والمساقاة لأنها من باب تملك المنافع كالإجارة وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وذلك لا يتصور وجوده في الحال، وكذا المضاربة^(٣).

وكان المناط عند الحنفية هو طبيعة العقد ومدى قابليته للتعليق من حيث كونه من العقود التي لاتقع للحال أو أنه من العقود التي يشترط فيها الحلول .

والنتيجة التي يوصل إليها هذا البحث: أن الأصل في عقد الشركة أن يكون منجزاً لاعتبارات عدة، منها:

- إن لهذا العقد شبيهاً بالمعاوضات عند بعض المذاهب، لما استقر عندهم من أن الشركة من البيوع كما عند المالكية -، وهذا لا ينسجم مع التعليق على الشرط مع ما فيه من التسوية .

- ولأن التعليق على الشرط، أو الإضافة إلى المستقبل لاتتنفق مع مقصد هذا العقد من التساوي بين الشركاء، واختلاط الأموال للعمل وصولاً إلى الربح، بل هي أقرب إلى التسلسل منها إلى التعاون المطلوب في الشركة.

- إن التعليق على الشرط ملزم ديانة وقضاء؛ وذلك لأن التعليق قد أدخل الوعد في نطاق الالتزام والتعهد^(٤)، والشركة عقد جائز عند الجمهور، فلا يناسبها هذا الإلزام الطارئ.

ثالثاً: التطبيقات العملية:

أ) والمثال أعرضه من المضاربة؛ فلو دفع إليه عرضاً وقال رب المال للمضارب: بعه واعمل بثمانه مضاربة جاز عند الحنفية، وجه هذا القول: إن العامل هنا وكيل رب المال ببيع العرض أولاً، فهو كما لو باعه بنفسه، ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض^(٥).

(١) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٦٤ .

(٢) إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٨١ .

(٣) إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٨٠ .

(٤) حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٦٤ .

(٥) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/ ٥٤ .

ولا يقولن قائل إن الثمن مجهول، وإن من شرط رأس المال - كما سنعرض بالتفصيل لاحقاً- أن يكون معلوماً للعاقدين؛ لأن العقد متأخر إلى القبض، وهو إن قبضه بات الثمن معلوماً، وكان العقد صحيحاً.

وأما عند الشافعية فإن إضافة العقد إلى ما بعد البيع وقبض الثمن لاتجوز، فتفسد المضاربة، وللعامل أجر مثله في بيع العرض^(١).

(ب) لو قال رب المال للعامل: اقبض ديني من فلان ثم اعمل به مضاربة؛ جاز عند الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣)؛ لأن هذا توكيل بالقبض، وإضافة للمضاربة إلى ما بعد القبض . بخلاف ما لو قال: اعمل بالدين الذي لي عليك؛ لأنه توكيل بقبض ما في ذمة نفسه، فلا تصح المضاربة به^(٤).

وقد فرق الحنفية بين هذه الصورة وبين قوله: اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة؛ فلا يعمل إلا بعد قبض كل الدين وإلا ضمن، لأن ثم للترتيب، والإذن مشروط بدالاتها، بخلاف ما لو قال: اقبض ديني فاعمل به، فيكفي قبض بعضه^(٥).

وعند المالكية القراض فاسد، وللعامل أجر مثله في قبضه، وقراض مثله في ربحه^(٦).

(ج) وأرى تطبيقاً لهذا الأصل ما يحصل اليوم من توكيل شركات الوساطة^(٧) بشراء الأسهم إن وصل سعر السهم إلى حد معين، فهو تعليق للشراء- وهو عقد شركة- بحصول شرط تحقق قيمة معينة للسهم، وهذا صحيح إذا أخذنا بعين الاعتبار أن هذا التوكيل له ضماناته من حيث أن الموكل بالشراء يفتح حساباً عند شركة الوساطة ويضع فيه مبلغاً من المال تحت حساب الشراء - كاملاً أو جزئياً-، أو أن يتم الدفع بواسطة البطاقة الائتمانية، فلا مقامرة كما قرر من منع التعليق .

(١) المنهاجي الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود (١٩٥٥)، مطبعة السنة المحمدية، (ط١)، ١/ ٢٤٢ .

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/ ٥٤ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٣ .

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/ ٥٤ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٣ .

(٥) شيخ زادة، مجمع الأثر، ٢/ ٥٠٨ .

(٦) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٥٧ . والمقصود بقراض المثل هنا قراض مثل المال لا مثل العامل ، انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٥١٩ .

(٧) يقصد بشركات الوساطة: هي الشركات التي تسهل التعاقد بين الطرفين وإن لم تكن طرفاً في العقد، أو الوكيل الذي يبيع ويشترى للأصيل مقابل عمولة ، بحث: شركات الوساطة في الأسهم بين الإجارة والجمالة والوكالة بأجر، الهيئة الإسلامية العالمية

د) ومنها أيضا أن يوكل الشريك المدير- العامل- بمباشرة أعمال الشركة بعد عقدها إن وصل سعر صرف العملة المعتمدة كرأس مال للشركة- ولنفرض أنها الدولار- إلى حد معين، والشرط ظاهر فيه وجه المصلحة ، فلا مجال لإهماله .

رابعاً: الآثار المترتبة على الأخذ بهذا الضابط :

وتفرع عن هذا الأصل عند من قال بجواز تعليق صيغة عقد الشركة بالشرط، ولزوم تحقيق المشروط لجريان أحكام الشركة فائدة، نص عليها بما يلي :

فائدة: [ما جاز تعليقه بالشرط، لم يبطل بالشرط الفاسد]^(١).

والمعنى هنا أن العقود التي جاز تعليقها بالشرط - ومنها الوكالة والشركة والمضاربة- لا تبطلها الشروط الفاسدة، بل يلغى الشرط ويصح العقد .

وكان السبب في ما يبدو أن العقد لما كان في أصله من المرونة بحيث يقبل التعليق على الشرط، فلا يؤثر فيه ما لا يتوافق ومقتضاه من الشروط الفاسدة ويؤخذ بما وافق .

وليس الكلام في عدم طول الفساد العقد على إطلاقه؛ فلقد أثبت من قال بصحة التعليق حالات فسد فيها العقد لمانع آخر اعترضه؛ كاشتراط ما يقطع الربح بالشركة أو المضاربة- بأن سمي للشريك أو العامل مبلغاً مالياً محددًا- ولكن السبب هنا تمكن من أصل العقد، فعاد عليه بالفساد.

المبحث الثاني : الضوابط الفقهية ذات الصلة بالعاقدين :

ومدار الحديث في هذا المبحث، حول اعتبارات صلاحية الشركاء في التصرف بالمال المشترك، أو بمقتضى التوكيل في الشركة عموماً وعملاً وشراء، وفي شركة المفاوضة عند الحنفية خصوصاً، وماذا إلا لأن تصرفات الشركاء يترتب عليها التزامات لا تقتصر عند حد الشريك المتصرف، بل تتعداها إلى الآخرين.

وعليه كان لابد من شروط معينة في المتعاقدين قبل البدء بممارسة النشاط المطلوب العمل فيه . ويؤكد هذا المعنى؛ أن شركة الملك - وهي الاجتماع في استحقاق^(٢) - لما لم تتضمن الوكالة، كان كل شريك أجنبياً في مال شريكه، بل ومحجور عليه جزئياً في مال نفسه، فلا يملك بيع نصيبه من غير الشريك إلا بإذن^(٣).

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٦٨ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣/٥ .

(٣) شيخ زادة، مجمع الأثر، ١/ ٣٣٩. وللحنفية هنا تفصيل ؛ حيث قالوا بالمنع من البيع للأجنبي في حالة الاختلاط بدون شيوع في المال، أما إن كان المال على الشيوع - كالميراث- فله أن يبيع للأجنبي بدون إذن، إلا أنه إن سلم حصته للمشتري بدون إذن الشريك كان كالعاصب، فعدنا للقول باشتراط الإذن سواء عند البيع، أو عند التسليم. انظر تفصيل ذلك، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٣/ ٣٤٦ - ٣٦٧ .

وأتناول هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الضوابط الفقهية في العاقدين في جميع أنواع الشركة :

الضابط الأول :

الضابط العام: [من جاز أمره نفذت عقوده]^(١)

والضابط العام يصدق على العقود جميعاً إنشاءً وتقريراً، وهو يشترط لنهاذ العقد أن يكون صدورهُ ممن يستطيع تحمل تبعاتهُ، ولذلك جاز منه الأمر واستقرت الأحكام والالتزامات بإيجابه وقبوله، وجواز الأمر شرعاً إنما يكون لمن بلغ راشداً^(٢).

ونفصل من خلال الضوابط الخاصة بالشركة، ما يشترط في الشركاء من شروط أخرى . وردت أحكام هذا الضابط بألفاظ متعددة عند فقهاء المذاهب الأربعة، وتحقق فيها جميعاً مناط هذا الأصل :

- عند الحنفية جاء الضابط: [كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة، صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً]^(٣).

- وعند المالكية كان الضابط: [من جاز له أن يوكل ويتوكل، جاز له أن يشارك، ومن لا فلا]^(٤).

- أما الشافعية فجاءت العبارة عندهم: [من صحت منه مباشرة الشيء صح توكيله فيه غيره، وتوكله فيه عن غيره، ومن لا فلا]^(٥).

وسأتناول هذه الضوابط بالدراسة من خلال النقاط التالية :

أولاً: معنى الضابط، ومبررات اشتراطه في الشركة :

والضابط في العاقدين مع تنوع عبارات الفقهاء في اشتراطه، فإنك تراهم يتدرجون في تقرير أصول هذا الشرط من العموم إلى الخصوص .

فالأصل في كل شريك في أنواع الشركة المختلفة؛ أن يكون من أهل التوكيل والتوكل في أن واحد^(٦)؛ لأن كل شريك هو عامل لنفسه بالأصالة ولغيره بالنيابة.

(١) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٨٤ .

(٢) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٨٤ .

(٣) الغنيمي، اللباب، ٢/ ٨٦ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ٥١ .

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٣٩ - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٧ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٤٨ .

(٥) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥٤٦ .

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٧ .

إلا أن الشافعية قصرُوا الضابط العام على شرط أهلية التوكيل في الشريك المأذون له في التصرف-أو من يسمى بمصطلح اليوم الشريك المديرأي العامل-، وأهلية التوكيل في الشريك غير المأذون له في التصرف^(١).

فالضابط عندهم ينقسم إلى قسمين :

من صح منه مباشرة الشيء، صح أن يوكل فيه ؛ بمعنى نقل سلطة العمل الثابتة له شرعاً إلى غيره، ومن صحت مباشرته التصرف المأذون فيه لنفسه جاز له أن يتوكل فيه عن غيره، لأن ما لا يملكه الإنسان لنفسه، فأولى أن لا يملكه لغيره^(٢)، ومع هذا التفصيل استثنوا بعض الحالات^(٣).

وعلى أصلهم فإن الصبي والمجنون لا يصح منهما توكيل ولا توكل، وأجازوا الشركة للولي في مال محجوره، فاجتمع للولي بذلك وصف المباشر والوكيل^(٤).

وممن استثنوا: الأعمى فهو يوكل في العقود وإن لم يقدر على مباشرتها، والمرأة لا يجوز لها أن تتوكل إلا بإذن زوجها^(٥)، وإن كانت تملك مباشرة الفعل لنفسها.

ولخص الحنفية شرط الموكل بأن يكون: مالكا للتصرف، وأن يكون ممن تلزمه الأحكام^(٦)، فالشرط عندهم مركب؛ بأن يكون الشريك قد تحقق فيه الوصفان:

١- ملك التصرف لأن سلطة أو ولاية تثبت له على المحل.

٢- وأن يكون ممن تلزمه الأحكام؛ بالبلوغ والعقل - أي تحققت فيه أهلية الأداء - .

وأما الوكيل فهو يملك التصرف ولكن لا تلزمه الأحكام، بل هي لازمة للمالك وهو الموكل، نعم قد تلزمه أحكام مباشرة الفعل عند الحنفية، ولكن المعنى المقصود هنا تبعات الملك، والوكيل ما هو إلا قائم مقام المالك، وفي الشركة يجتمع لكل شريك الوصفان - أنه وكيل وموكل - فكان المطلوب اجتماعهما معاً؛ الملك ولزوم الأحكام، أو اتحاد أهلية التوكيل والتوكل في كل عاقد للشركة كأصل، والأمر كذلك عند المالكية إلا أنهم قالوا بجواز افتراقهما لعارض أو مانع^(٧).

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٤ .

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٣٣ .

(٣) انظر تفصيل من تصح مباشرته ومن لاتصح، وما يستثنى من كل فرع: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥٤٦، ٥٤٧.

(٤) قلوبوي، حاشيتان القلوبوي وعميرة على شرح الجلال، ٢/ ٣٣٤ .

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٤ . وتصح مشاركة الأعمى على أن لا يكون هو المتصرف .

(٦) الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ٢/ ٨٨ .

(٧) انظر العدوي، حاشية العدوي على الخرشبي، ٦/ ٣٩ ، وذكروا من حالات الافتراق شركة العدو يجوز توكيله ولا يجوز توكله على

عدوه المسلم. وكأنهم يقصدون بالعدو الحربي مسأماً كان أم غير مسأماً، انظر: الخياط، عبدالعزيز، الشركات في الشريعة

الإسلامية والقانون الوضعي، ١/ ٩٣ .

وضرورة توافر أهلية للعاقدين لها جوانب أهمية متعددة بل ومتجددة؛ فالشركة لما لزمّت بالانعقاد عند بعض المذاهب - كالمالكية في قول (١) - ، كان في اشتراط عقدها ممن يدرك آثار هذا العقد وتبعاته أمراً ملحاً .

ومن جانب آخر فإن حقوق العقد لما كانت تتعلق بالعاقّد أو موكله على خلاف بين الفقهاء - ولأن الحقوق مرتبطة بالفعل، كان لشخصية الفاعل وأهليتها للإلزام والالتزام محل اعتبار في باب الشركة، إذا كان قيام الشركة يعتمد على اعتبار الجانب الشخصي للشريك، أما إن كان قيام الشركة لا يعتمد على الجانب الشخصي، وكان المعيار فيها تجميع الأموال وتغيبب الاعتبارات الشخصية - كما في الشركات المساهمة- فإن الأمر مختلف، لأن الكلمة هنا للمال بغض النظر عن وصف صاحبه إلا ما يشترط من شروط تنظيمية في قوانين بعض الدول .

وعليه (فإن بين من يصح توكيله وتوكله عموماً وخصوصاً؛ فهما من وجه يجتمعان في حر بالغ عاقل رشيد غير عدو ولا كافر، وينفرد التوكيل في عدو وكافر فإنهما من أهله دون التوكّل، وينفرد التوكّل في محجور السفه، فإنه من أهل التوكّل في غير ما حجر عليه فيه على إحدى الطريقتين عند المالكية دون التوكيل) (٢) .

فلا تصح شركة الصبي ولا المجنون (٣)، ولا السفهية حتى أنه لا يجوز القراض معه دفعاً ولا أخذاً لفساد عقوده، وذلك لمكان الحجر (٤) .

فلو شارك صبي بالغا وخسر المال أو تلف، رجع ولي الصبي على البائع برأس المال، وذلك إن استقل البالغ بالعمل، لا إن عملاً جميعاً، فإن عمل الصبي وحده فلا ضمان عليه للبائع (٥) . وترتب على اشتراط أهلية التوكيل والتوكّل في آن واحد في كل شريك كأصل؛ أن زفر من الحنفية منع المضارب من دفع مال المضاربة لرب المال إضاعاً؛ لأن رب المال لا يصلح وكيلاً للمضارب لأنه عامل لنفسه (٦) .

ثانياً: أقوال الفقهاء في حكم الشركة مع غير المسلمين :

أما في شركة المسلم مع غير المسلم - ذمي أو محارب - فإنه بناء على ما استقر من الأصول (١) يجوز أن يوكل الذمي المسلم، أما في جواز توكله عن المسلم ، فالفقهاء في ذلك على قولين:

(١) التسولي، البهجة شرح التحفة، ٢/ ٣٥٢ .

(٢) العدوي، حاشية العدوي على الخرشى، ٦/ ٣٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الماوردي، الحاوي، ٧/ ٣٤٨ .

(٥) العدوي، حاشية العدوي على الخرشى، ٦/ ٣٩ .

(٦) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥/ ٦٩ .

القول الأول : لا يجوز توكل الذمي أو غير المسلم عموماً عن المسلم ، وعدم الجواز هنا يختلف في محله؛ هل هو في أصل توكل غير المسلم عن المسلم، أم في تصرفات غير المسلم وبالتالي فإن المنع مرهون بحالة تصرف غير المسلم بالمال والمسلم غائب؟ ذهب المالكية في قول^(٢)، والشافعية في قول^(٣)، والحنابلة في قول^(٤)، إلى أن شركة المسلم مع غير المسلم - ذمي أو محارب- جائزة مع الكراهة إن باشر غير المسلم التصرفات في غيبة المسلم.

فغير المسلم إذا بلغ رشيداً كان جائز التصرف، إلا أنه في الشركة مع المسلم كان ثمة قيد مطلوب للجواز، ألا وهو مراقبة المسلم وإشرافه على سير العمل . واستدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول :

(١) أما من المنقول :

- ما جاء في الأثر "لا تشارك يهودياً، ولا نصرانياً، ولا مجوسياً؛ لأنهم يربون والربا لا يحل" ^(٥) وجه الدلالة: النص صريح في علة المنع من عدم تورع غير المسلم من التعامل بالحرام ، وذلك بتعاطي البيوع الممنوعة في شكل اشتراء أعيان لا تجوز، أو التعامل بالربا ^(٦)، مع افتراض السلامة والأمانة في تصرفات المسلم، ولذلك كان اشتراط الجواز مرهون بحضوره وكأنه ضمان سلامة المعقود عليه شرعاً . وعليه يكره دفع المال قراضاً إلى نصراني، وإباحته منه للمسلم ، والمجال في القراض للعمل رحب، فالمحظور فيه أشد^(٧).

والضابط الخاص هنا هو: [إن من خبث مطعمه ومكسبه، كرهت معاملته] ^(٨).

(٢) ومن المعقول:

(١) ومن هذه الأصول قوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً" سورة :
 (٢) النخيرة، القرافي، ٢٧ / ٦ ، ٢٩ - العدوي، بهامش حاشية الخرشى، ٣٩ / ٦ .
 (٣) الماوردي، الحاوي، ٧ / ٣٥٤ - الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود، ١ / ١٨٧ .
 (٤) ابن قدامة، المغني، ٥ / ٣٠ .
 (٥) البيهقي، أحمد بن الحسين، سنن البيهقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (تحقيق محمد عطا)، ١٩٩٤، كتاب البيوع، باب كراهية مباحة من أكثر ماله من الربا، ح(١٠٦٠٤) ، ٥ / ٣٣٥ .
 (٦) ابن بيه، عبدالله، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، ط١، دار ابن حزم، ١٩٩٨، ص ٥٦ .
 (٧) الماوردي، الحاوي، ٧ / ٣٥٤ ، وكره القرافي أخذ المسلم قراض الذمي أو مساقاته لما رأى في ذلك من الذلة . القرافي، النخيرة، ٦ / ٢٩ .
 (٨) من استقراء آراء الفقهاء في باب حكم مشاركة غير المسلم صغت هذا الضابط .

- إن من الأصول العامة التي قامت عليها الشركة ؛ أن كل واحد من الشركاء أمين الآخر، والشريك يده في المال كيد شريكه، فإذا وقعت الشركة بينهما وتعامل غير المسلم بما هو ممنوع شرعا- وإن كان جائزا في معتقده - فإن شيوع الحرام سيصل إلى المال كله، فيقع في مال المسلم شبهة (١).

لذلك كان الحل بمراقبة تعامله إن أمكن ، حتى إذا شك المسلم في تصرف شريكه بالحرام ندب له التصديق بالربح، وإن تحقق وجب عليه أن يتصدق بقسط من بدل مشاركته (٢) ، وأن يكون ذلك مؤشر توبة، لا استمرارا عليها واستمراء للباطل. قال تعالى: " **وإن تبتهم ملكهم رءوس أموالكم لاتظلمون ولا تظلمون** " (٣).

وجاءت القاعدة الشرعية عند المالكية تؤيد هذا التوجه: [**كل من فعل فعلا أو قال قولا، أو تصرف تصرفا من المعاملات أو غيرها لا يجوز له الإقدام عليه حتى يعلم حكم الله في ذلك**] (٤) وكيف لغير المسلم أن يتولى العمل على إطلاقه وفي غيبة المسلم، ويعرف حكم الله؟ وعليه حرم عند المالكية على الجاهل كسبه الحرام كالعادم، وغير المسلم جاهل، بل وتكره عندهم مقارضة من يستحل الحرام، أو لا يعرفه وإن كان مسلما (٥).

ومن الشافعية من قال بالمنع حتى مع حضور المسلم؛ لحصول الشبهة في ماله، وعدم حصر المنع في تصرفاته (٦)، وتراهم يقررون المنع وإن خف الحرام في مال الشريك، لأنه يسري إلى جميع مال الشركة، والسبب في ما يبدو لي لما اشترطوه من الخط، وكأن عدم التمييز المطلوب طال

حرمة المال، يؤكد هذا التعليل أن من الشافعية من قال إن المنع في غير الشركة يختص بمن كثر الحرام في ماله (٧).

(١) ابن بيه، توضيح أوجه الاختلاف في مسائل من معاملات الأموال، ص ٥٦ .

(٢) ابن بيه، توضيح أوجه الاختلاف في مسائل من معاملات الأموال، ص ٥٦ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧٩ .

(٤) القرافي، النخيرة، ٢٨/٦ .

(٥) القرافي، النخيرة، ٢٧/٦ .

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٥ - الهيتمي، أحمد شهاب الدين، فتح الجواد بشرح الإرشاد، مطبعة البابي الحلبي، ١٣٤٧ هـ،

ص ٣٨٣ .

(٧) الهيتمي، أحمد شهاب الدين، فتح الجواد بشرح الإرشاد، ص ٣٨٣ .

القول الثاني: لا مانع من توكل غير المسلم عن المسلم ومشاركته ، والجواز غير مشروط بحضور المسلم ومتابعته الإشراف على العمل ، وبه قال الحنفية^(١)، والشافعية في قول^(٢) إلا أنهم ذهبوا إلى عدم التسامح إن تعامل غير المسلم بالحرام . واستدلوا على قولهم بالمنقول والمعقول، أما دليلهم من المنقول :

- ما ثبت من أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل اليهود رهنا وبيعا وشراء، وعاملهم يوم خيبر مساقاة^(٣)، فالبحث عن أصل مال غير المسلم ليس من المطلوب شرعا .

- وإن من القواعد الثابتة شرعا: إن الحرام لا يحرم الحلال^(٤)، ومال المسلم إن كان حلالا- والأصل فيه أن يكون- فإن شركته مع غير المسلم إن اتقى فيها ما استطاع أن يتقيه من الحرام فبها ونعمت ، وإلا بأن شك خلص ماله من الحرام .

ومن المعقول :

- ما ذكره الشافعية من أدلة في استنكار ورفض شركة المفاوضة بالمفهوم الحنفي؛ بأن كل شركة لا تصح بين المسلم والذمي لاتصح بين المسلمين، وإن كانت العنان تجوز بين مختلفي الدين^(٥).

ويمتد أثر اعتبار ديانة الشريك إلي تصرفاته وما يترتب على ذلك؛ فمثلا إذا كان الشريك أو المضارب مسلمين أو كان أحدهما مسلما، فليس له أن يشتري الخمر أو الخنزير أو أن يتاجر بهما، فإن فعل وخالف عد مفرطا وعليه الضمان وذلك عند الحنابلة^(٦).

نعم تنظر نظم التجارة المعاصرة، واتفاقيات الجات والتجارة الحرة اليوم إلى فتح الحدود وإلغاء فوارق الهوية والمكان والدين؛ طمعا بالوصول إلى أموال عابرة القارات^(٧)، وقد خرج ذلك من

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ٦/ ٨١، وذهب الحنفية أبعد من ذلك، فأجازوا المضاربة مع الحربي مع مراعاة شروط اختلاف الدارين بين المضارب ورب المال. والأمر وإن كان النظر فيه إلى حالات فردية من المعاملة مضاربة ، والقصد منها في ما يبدو دعويّ لنشر الدين، إلا أن الأمر أراه اختلف نوعا ما اليوم، وقد غزت الشركات من غير المسلمين عالمنا الإسلامي، ودخلت من مدخل فتح باب الاستثمار للتنمية وتشغيل الأيدي العاملة، حتى غدا نوعا من الاستثمار بسبب اعتمادهم على خبراتهم، وباتت الشركات المنفتحة من أشكال التطبيع السياسي - مآرب أخرى- بدليل إخفاء شخصية الشريك بجنسيات متعددة بحسب ظروف الحال .

(٢) قلوبوي، **حاشيتان القلوبوي وعميره**، ٢/ ٣٣٤ - الأسيوطي، محمد، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود**، ١/ ١٨٧ .

(٣) أخرجه مسلم ، **الجامع الصحيح** ، كتاب المساقاة ، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ح(١٥٥١) - ١١٨٧/٣ .

(٤) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص ١٥٢، والقاعدة هي عكس قاعدة مستقرة كذلك: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، ولكل منهما تأويلها؛ أما هذه فورعا واحتياطيا، وقيل إن كان الحرام أكثر، وأما قاعدتنا ففي الأحوال العادية وحيث استوى الحرام بالحلال أو غلب الحلال.

(٥) الماوردي، **الحاوي**، ٦/ ٤٧٥، ٤٧٦ .

(٦) ابن قدامة، **المغني**، ٥/ ٣٠ .

(٧) الشركات عابرة القارات هو مصطلح معاصر يقصد به فتح الحدود أمام الاستثمارات ،بغض النظر عن أصل المال ،وذلك من خلال التسهيلات التي تتنافس الدول في تقديمها لجذب المستثمرين.

إطار الرغبة والطموح وأصبح واقعا معاشا، إلا أن ضبط الأمور بمعايير السلامة الشرعية لأصل المال والعامل فيه أمر جدير بالاهتمام .

وخلاصة الأمر؛ فإن المسلم يحرص على أن يستبرأ لدينه وعرضه، والمشاركة مع غير المسلمين لا يمكن منعها مطلقا، لأن تشريع المعاملات كان في دائرة المباحات، وهي من مقاصد الشريعة الحاجية فلا يمكن القول بإغفالها وإغلاق هذا الباب، ولكن تؤخذ كل حالة بحكمها، فلا انفلات من القيود الشرعية بدعوى الأمر الواقع، ولا تزيين للباطل بفتح نوافذ إسلامية في شركات تتعامل بالحرام والدعوة إلى غض الطرف عن ما عدا المعاملة الشرعية وكأنه اجتزاء، ولا تذرع بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرد عنه نهي عن معاملة غير المسلمين - وقد أوردنا ما أثبت من الأدلة المنع - .

وأقرر هنا أصلا أراه يشمل الأقوال: [دين العاقد يؤثر في حكم التصرفات] (١) .

ثالثا: الآثار العملية والتطبيقات المعاصرة:

ويظهر أثر اشتراط أهلية العاقد شركة في حالة وفاة أحد الشركاء، والحاجة إلى تجديد العقد واستئنائه، فمتى كان الوارث رشيدا جائز الأمر نفذ عقده، وإلا بأن كان الوارث غير رشيد، واختار وليه الإبقاء على الشركة - وهو لا يختار إلا ما فيه مصلحة المولى عليه - جاز أمره، ونفذ عقده، ما لم يضعه في يد فاسق (٢) .

وخلاصة الأقوال: إن أهلية العاقد بعد اشتراط سلامتها الأولية بما يحقق سلامة العمل؛ من العقل والبلوغ وعدم الحجر بالسفه، لا أراها تقف بعد ذلك عند مانع الدين في المشاركة، وإن كان الأولى أن ينظر المسلم من يشارك، خصوصا مع القول بأن ذمة مالية جديدة منفصلة عن شخصية الشركاء تتشكل بهذا الاختلاط، وكيف إذا كانت بحجم شركات المساهمة العامة، بل وأكثر في شركات عابرة للقارات .

نعم المنظور الذي اعتبر في ما مضى من أقوال كان لما كانت الشركة قائمة على معايير شخصية صرفة؛ حيث كان النظر إلى من يتحقق فيه شرط جواز الأمر شرعا، والغاية هي ضمان حفظ المال بتسليمه للحافظ الذي يحسن تدويره، ويؤكد هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام: " يد الله مع الشريكين إن برا وأصلحا، فإن خانا أو كتما خرجت من بينهما " (٣)، والمسلم يفترض به أن يتأدب ويتفاعل مع هذه المعاني .

(١) استقذت فكرة هذا الأصل من: ابن قدامة، المغني، ٣٠ / ٥ .

(٢) المطيعي، تكملة المجموع، ٨٥ / ١٤ .

(٣) سبق تخريجه، ص ٣٠ .

واليوم بات النظر إلى التجمع المالي لا إلى شخص الشريك هو الحاكم في أغلب أنظمة الشراكة المعاصرة، وظهرت الشخصية المعنوية للشركة ككيان مستقل ومنفصل عن مؤسسيه في جانبه الشكلي من حيث اشتراط التعريف بالشركة واسمها ومقرها ومكوناتها من أعضاء ورأس مال وطبيعة العمل، والموضوعي من حيث الذمة المالية المستقلة، وحق التقاضي والمساءلة^(١)، وبذلك ذاب الفرد بشخصه ومعتقده وأهليته الخاصة - الأداء- في مجموع الشركاء، وأصبح الظاهر الذي يتعامل معه هو الشخصية الجديدة، وبات المعول عليه هو مدار عمل الشركة والذي يكشف عن مدى التزامها الشرعي من عدمه .

والشركة بشخصيتها المعنوية أرى فيها ما جاء في ضابط الحنفية من شرط العاقد شركة؛ من ملكٍ للتصرف، وقابلية للالتزام الأحكام، فالمتصرف الجديد هو إدارة الشركة ككل لا كفرد واحد، بحيث تكون شخصية الشريك هملاً إلا في جانب حفظ الحقوق، فينتقل السهم من يد إلى أخرى، ومن مالك إلى آخر دون اعتبار لهوية مالكة في كثير من الأحيان. ويمكن مراعاة جانب نظافة المال من خلال جملة إجراءات يحجم معها غير المسلم - أو غير نظيف المال عموماً - من اقتحام هذه الشركة ، وذلك من خلال :

- النص على قصر تعاملات الشركة بمجال عمل مباح، خدمي، عام الأثر مثلاً .
- وضع مجموع رأس المال في حساب مصرف إسلامي .

ثم تتامت الفكرة في الشركات المساهمة بشخصيتها المعنوية، وظهر ما يسمى بالشركات القابضة وهي: (شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو شركات أخرى تدعى بالشركات التابعة، وذلك بأن تمتلك أكثر من نصف أسهمها، أو أن يكون لها السيطرة على تأليف مجلس إدارتها)^(٢).

وأما الدور الذي تقوم به هذه الشركات القابضة، فهو ذات الدور الذي تقوم به الشركات المساهمة، ويزيد بزيادة حجم المسؤولية والتبعات .

جاء في المادة (٢٠٥) من قانون الشركات الأردني: (دور الشركات القابضة إدارة الشركات التابعة، والاستثمار بالأسهم، وتقديم قروض وكفالات تمويل للشركات التابعة، وتملك حقوق امتياز وبراءة اختراع وتأجيرها للتابعة)^(٣).

(١) بعد أن قررت هذين الجانبين للشركة وجذتهما وتفصيلات أخرى عند: طوموم، محمد ، الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط٢، ١٩٨٧، ص ١٤، ٢٤ .

(٢) المادة ٢٠٤ من قانون الشركات الأردني .

(٣) المرجع السابق .

وشرط الأهلية الذي نبخته هنا لا يمكن القول به في هذا النوع من الشركات، لأن النمط الاستثماري المعروف ينمو وتزداد مسؤولياته، والتركيز منصب على تجميع رعوس الأموال لا من الأفراد الطبيعيين غالباً- كما في المساهمة- بل من شركات وشخصيات معنوية .

المطلب الثاني: ضابط العاقدين في شركة المفاوضة:

الضابط الأول :

ضابط : [كل من كان أهلاً للوكالة والكفالة كان أهلاً للمفاوضة]^(١)

لما كانت الشركة مفاوضة تتضمن أحكام العنان وزيادة؛ كان ثبوت اشتراط أهلية الوكالة في شريك المفاوضة من المسلمات، إلا أنها لما انفردت باشتراط المساواة بين الشركاء في جملة من الأمور- وهي المساواة في الملك والتصرف^(٢)- كان من مقتضيات ذلك اشتراط الأهلية للكفالة في كل واحد من شركاء المفاوضة للقيام بهذه المسؤولية؛ مسئولية الإبقاء على المساواة بينهما في ما هو من موجبات التجارة، وتوجه المطالبة إلى كل واحد منهما كأثر لهذا الموجب^(٣). فما استقر من الشروط في أهلية الشركاء كوكيل وموكل في ما مضى ، يضاف إليه هنا المساواة في الكفالة بين الشركاء .

والكفالة يقصد بها:(ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً؛ بنفس أو دين أو عين كمغصوب)^(٤)، وهي في المفاوضة من نوع المطالبة بالمال وحقوق المال . فالمناط في صحة المفاوضة؛ تحقق المساواة بين الشركاء في التصرف ومقتضياته، والملك وأسبابه ذات الصلة بموضوع الشركة .

وأعرض تفاصيل حكم العاقدين مفاوضة عند الحنفية في النقاط التالية:

١-المفاوضة بين مختلفي الدين:

أما بالنسبة للمساواة في التصرف؛ فقد اختلف أبوحنيفة ومحمد من جهة، وأبو يوسف من جهة أخرى في جواز المفاوضة بين مختلفي الدين-كمسلم وذمي-؛ فعند أبي حنيفة ومحمد لا تجوز المفاوضة إلا بين المتساويين ديناً كمسلمين، وذلك لضمان التساوي في التصرف، ولأن المفاوضة يشترط فيها العموم؛ بمعنى أن تكون في جميع التجارات، فلا يختص أحدهما بتجارة

(١) الغنيمي، اللباب، ٧٠ / ٢، والمفاوضة هنا بالمفهوم الذي قرره الحنفية، والذي سنعمده كأصل في الحديث عن شركة المفاوضة في هذه الدراسة .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢١٤ .

(٣) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١ / ٣٣٩ - السغدري، علي بن الحسين، الننف في الفتاوى، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٦، ١ / ٥٣١ .

(٤) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٤ / ٢٤٩ .

دون شريكه، لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة، إلا أن الذمي يختص بتجارا
يُمنع عنها المسلم، فكان اشتراط اتحادهما في الدين له ما يستوجبه^(١) .

أما عند أبي يوسف؛ فالمفاوضة جائزة بين المسلم والذمي مع الكراهة - كما هي في الشركة
عموما- لما قد يقع منه من التجاوزات، وأما ما اختص بالمفاوضة من أهلية الكفالة في
المتعاقدين؛ فهي عند أبي يوسف أهلية كفالة على الإطلاق، حتى يكون الشريك أهلا للتصرف
والتضامن في تحمل تبعات تصرف كل واحد منهما، ولا معتبر بالمساواة في التصرف أو زيادة
يملكها أحدهما^(٢)

٢- كما اشترط الحنفية المساواة بين العاقدين مفاوضة في أهلية التصرف بالبلوغ؛ وذلك لضمان
صحة الكفالة^(٣).

٣- واتفق الحنفية بعد ذلك على أن مشاركة المسلم لمرتد مفاوضة موقوفة على أصل المذهب،
حيث قرر الحنفية أن تصرفات المرتد موقوفة بالردة إلى أن يعود مسلما فتنفذ، أو يقتل أو يموت
- حقيقة أو حكما باللاحق بدار الحرب- فتبطل، والشركة من التصرفات^(٤).

واختلفوا في توجيه التوقف؛ فعند محمد التوقف هو توقف صحة الشركة مفاوضة، لا في أصل
الشركة فأصلها صحيح، والمرتد في التصرفات كالمريض مرض الموت، وكفالة المريض
معتبرة من ثلث ماله، وبناء عليه لا يكون المرتد من أهل الكفالة المطلقة^(٥).

أما عند أبي يوسف؛ فالكفالة وإن صحت من المرتد لأنه بمنزلة الصحيح في التصرف - وليس
هو كمرريض مرض الموت- إلا أن نفسه توقف بين أن تسلم له بالإسلام، أو تتلف فيكون بمعنى
المكاتب، وهذا الأخير ليس من أهل المفاوضة^(٦) .

٤- وأما المرتدة فالشركة معها إن كانت عنانا فهي صحيحة؛ لأن تصرف المرتدة نافذ،
وأهليتها للوكالة باقية، وأما إن كانت مفاوضة فهي غير صحيحة؛ ليس لأنها توقف بالردة، بل
تصرفها نافذ كما ذكرت، ولكن لأن أفضل أحوالها أن تعتبر كالذمية، ومن أصل أبي حنيفة أن
لا تصح مفاوضة بين مسلمة وذمية، وفي قياس قول أبي يوسف هي جائزة مع الكراهة^(٧) .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦١ .

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/٣١٤ - السرخسي، المبسوط، ١١/٢١٤ .

(٣) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/٣٤٠ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٤ - الغنيمي، اللباب، ٢/٧٠ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/٢١٥ .

(٥) المرجع السابق، ص ٢١٦ .

(٦) المرجع السابق. والمكاتبية هي: أن يكاتب - يتفق أو يعاقد - الرجل عبده على مال يوديه منجما عليه، فإذا أداه فهو حر. القرطبي،

محمد، الجامع لأحكام القرآن، ١٢/٢٤٤ .

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١/٢١٦ .

وعند الملكية وهم الذين قالوا بجواز المفاوضة كنمط للشراكة بمعنى أن يكون كل شريك وكيلا في الأخذ والعطاء والبيع والشراء ويطلب كل بتوابع معاملة الآخر من استحقاق ورد بالعيب، فلم ينصوا على اشتراط أهلية الكفالة في شريك المفاوضة، بل صرحوا بعدم اشتراطها^(١)، وإن كانت تبعات تصرف المفاوض عندهم تتضمن معنى الكفالة^(٢).

بل إن الملكية يقررون أن الشريك عموما ليس وكيلا صريحا بل هو كوكيل، (لأن الشركة لا تساوي الوكالة من كل وجه، فالموكل أقام الوكيل مقامه، ولا ملك له في المبيع، وأما الشريك فقد أقام شريكه مقامه في ما يخص الموكل، وما تصرف فيه البائع له فيه حصة كأصيل)^(٣). ولما كانت شركة التضامن هي الأقرب إلى نمط المفاوضة، كان من مقتضيات هذه الشركة أن يُسأل الشركاء عن التزامات الشركة في أموالهم الخاصة، فيحق لمن له التزامات على شركة التضامن مطالبة أي من الشركاء بها كلياً أو جزئياً حتى قبل مطالبة الشركة - كشخص اعتباري- بها^(٤)، مما يستلزم تحقق أهلية الكفالة في كل واحد من المتضامنين، للقيام بأعبائها وتحمل تبعاتها.

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في محل عقد الشركة:

تعددت أقوال الفقهاء فيما يعتبر محلاً لعقد الشركة، وعقود المضاربة والمزارعة والمساقاة؛ فمنهم من جعله المال - وهو في المزارعة الشجر، وفي المساقاة الثمر^(٥) - واعتبروه المعقود عليه، وترتب على ذلك تعطيل لأنواع من الشراكة لم يتوافر فيها هذا المحل، ومنهم من توسع

(١) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٣، ٦٢.

(٢) انظر أمثلة على ذلك في الخرشى، حاشية الخرشى، ٦/ ٤٣ - ٤٤. وهذا وإن المفاوضة بالمفهوم المالكي تختلف عنها في المفهوم الحنفي في جملة أمور: تتعدّد الشركة بينهما على ما يتفقان عليه من أموالهما وما عدا ذلك مما انفرد به أحدهما فلا شركة فيه. فالاشتراك قد يقع بينهما في كل المال أو بعضه، ثم إن مناط المفاوضة عندهم هو إطلاق التصرف للشريك، فالمفاوضة عند المالكية لا تعني إلغاء شخصية الشريك، ولا تصدق المفاوضة عند المالكية على الشركة في الأعمال، بل هي في الأموال فقط. استخلصت هذه الفروق من عموم الكلام في: الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٦٨ - التسولي، البهجة في شرح التحفة، ٢/ ٣٤٥.

(٣) العدوي، حاشية العدوي على الخرشى، ٦/ ٤٣. ويؤكد هذا المعنى ما قرره التسولي من أن شريك المفاوضة لو كان وكيلا من كل وجه لما قلنا بانتظار الشريك الغائب غيبة قريبة والذي تولى بيع المعيب إن أراد المشتري رده على الشريك الحاضر. التسولي، حاشية التسولي، ٣/ ٣٥٤.

(٤) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم ١٢، شركة التضامن، بند: ٤/ ٢/ ٢، والبند: ٤/ ٢/ ١.

(٥) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٣٠/ ١٤٨. ولا أقصد هنا أن ما يصدق من شروط المال يتناول الشجر والتمر؛ بل طبيعة المال هنا مختلفة، ولها شروطها الخاصة نعرضها بالفصل التالي إن شاء الله.

في محل الشركة فجعله المال والعمل، لأن العمل رديف المال في الشركة، فلا تنمية بلا عمل، ولا شراكة بلا مال^(١).

وأعرض هذا المبحث من خلال مطلبين، أتناول في الأول: ضوابط رأس المال باعتباره محلاً للعقد، وأتناول في الثاني ضوابط العمل.

المطلب الأول : ضوابط رأس المال :

تعددت أقوال الفقهاء وتباينت في شروط المال الجائز المشاركة فيه بين موسع: نظر إلى الغاية النوعية المقصودة من عقد الشركة؛ وهي تجميع المقدرات المالية لتنمية المال بالعمل وصولاً إلى الربح، وبين مضيق له: باعتبار أن المال وهو الربح لا بد من ضبطه بأقصى قدر ممكن وذلك من خلال ضبط أصله وهو رأس المال، فجعل دائرة المسموح للمشاركة به محدودة . هذا التباين امتد ليصل إلى أن قرر كل مذهب أصلاً مغايراً للآخر في ما هو الضابط العام الذي عليه مدار هذا الباب.

- فعند الحنفية مثلاً: كان مدار باب الشركة عموماً، ورأس المال خصوصاً يقوم على اعتبار أن مبنى الشركة على الوكالة وأحكامها^(٢).

- وعند المالكية كان منشأ الخلاف في رأس المال ملاحظة قواعد منها: [الرخص هل يقاس عليها أم لا ؟]^(٣)، وفي نفس الموضوع ، جاء الضابط على نفس المعنى بصيغة: [الصور النادرة هل تراعى أم لا ؟]^(٤).

- أما الشافعية فكان الأصل الذي قامت عليه أحكام هذا الباب عندهم هو: [إن محل العقد لا بد أن يكون قابلاً لحكمه]^(٥)، والمحل عندهم هو رأس المال، وحكمه هو الخلط بعدم التمايز بين الشركاء، فلا يُقبل من رأس المال إلا ما حقق هذا الأصل وصولاً لهذا الهدف.

وسأعرض لهذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: ما يصح أن يكون رأس مال في الشركة:

(١) انظر تفصيل محل العقد في: البوسعيدي، عيسى، محل العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير قدمت للجامعة الأردنية، ١٩٩٥ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٥٨، ٦٠، ٦٣ .

(٣) الفرافي، الذخيرة، ٨/٢٢ . وسيظهر أثر هذا الأصل في ما سيأتي بالتفصيل، وأضرب مثلاً عليه: ما وقع من الاختلاف عند المالكية في الشركة بالطعام من الصنف الواحد، فأجازها ابن القاسم كما جازت في الذهب من الصنف الواحد، ومنعها مالك في

أحد قوليه، وكان من توجيه المنع أن الأصل أن لا يقاس على موضع الرخصة، ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٧٦ .

(٤) الشنقيطي، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، ص ١٢٠ .

(٥) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢/٢٧٣ .

الضابط العام :

- عند الحنفية: [النقود تتعين في الأمانات والهبة والشركة والمضاربة والغصب، ولا تتعين في المعاوزات] (١)

- وجاء الضابط بصيغة أخرى: [الأثمان - الدراهم والدنانير - تتعين في الشركة، وإن كانت لا تتعين في العقود] (٢)

ثم جاء الضابط عندهم أكثر تفصيلاً :-

- [النقود تتعين في الشركة بالعقد، وفي المضاربة بالقبض] (٣)، وقيل: النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم (٤).

- وعند المالكية: [المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معيناً] (٥).

- وعند الشافعية: [النقود تتعين بالتعيين] (٦).

وجاء الحكم صريحاً بعد ذلك بصيغة ضابط : [كل ما تعين بالتعيين لاتصح الشركة فيه] (٧).

والضابط العام هنا يشكل مظلة تضم أحكام رأس المال في الشركة، وإن كل ما سيأتي من

ضوابط في هذا الباب إنما هي في الواقع تفريعات لهذا الأصل .

وأتناول توضيح هذه الضوابط من خلال النقاط التالية :

أولاً : توضيح مفهوم الضابط :

يتناول الضابط بصيغته التفصيلية الميزة العملية التي امتازت بها الأثمان من الذهب والفضة المضروبة، الأمر الذي أدى إلى حصول إجماع وقبول عام على اعتبارها الأصل في التعاملات ومنها الشركة .

ويماز الضابط العام عند الحنفية بين نوعين من التعاملات، فمثلاً في الأمانات - وعد بعضهم

الشركة منها (٨) - وعقود التبرعات - ومنها الوصية -، فإن النقود تتعين فيها بمعنى أن العقد

انصب على ذات المال الموهوب أو المدفوع أمانة أو المعقود عليه في الشركة، أما في عقود

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣١٥، ٣١٦.

(٢) الغنيمي، اللباب، ٢ / ٧٤ - ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٣ / ١٣ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٧٩ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٨، ١١٣ .

(٤) الجلي، حاشية الجلي على الهداية، ٦ / ١٧٩ .

(٥) المقري، القواعد، ٢ / ٣٩٩ .

(٦) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢ / ٢٧٠ .

(٧) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١ / ٣٤١ - الزليعي، تبين الحقائق، ٣ / ٣١٧ .

(٨) ذهب الحنفية إلى أن الشركة من الأمانات، في حين رأها المالكية من عقود المعاوزات. انظر: السغدني، الننف، ١ / ٥٢٩ -

الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٤٨ .

المبادلات المالية فإن الثمن ليس مقصودا لذاته بمعنى أن الحق المالي يترتب في ذمة المتعاقد، وليس في عين وذات الثمن المقدم بالمبادلة، فلو تعينت الدنانير والدرهم في المعاوذات، لانقلابا مثنينين - إذ المثنى اسم لعين يقابلها عوض - وفي هذا خلط للأصول^(١).

لميزة النقود بعد كونها مستودع القيم، وأثمان البيوعات عادة^(٢) أنها لا تتعين بالعقود؛ بمعنى أن المشتري يصير مشتريا بأمثالها في الذمة، وهو ضامن لما في ذمته، حتى إذا باع ما اشتراه وربح فيه كان الربح له؛ لأنه ربح ما ضمنه، ولأنها إن تعينت أصبحت سلعة، وهذا مناقض لأصل وضعها.

وفي حال المشاركة برأس المال، فإن ما يقدمه كل شريك حصة في الشركة يتعين بالعقد مالا للشركة، وكأن العقد انصب على عين المال، ولما كان الحنفية لا يقررون الخلط كشرط لحصول الشركة، ولا يطالبون الشريك بإحضار رأس المال عند العقد اكتفاء به عند الشراء، تراهم يرتبون على هذه المقدمة نتائج؛ وهي أن مال كل شريك قبل الشراء متعين عليه، فإذا هلك مال أحدهما بطلت الشركة في الهالك لعدمه، وفي الآخر لأن صاحبه لم يرض أن يعطه شيئا من ربح ماله، وإن هلك مال الشركة جميعه قبل أن يشتريا به شيئا بطلت الشركة، لذهاب المحل^(٣). وعند الشافعية جاء تخريج أصحاب المذهب بأن النقود تتعين بالتعيين بناء على الأصل أن كلا من الثمن والمثمن مقصود بنفسه، وأن متعلق قصد البائع بالثمن كمتعلق قصد المشتري بالمثمن^(٤)، والكلام هنا في النقود عموما لافرق بين عقد معاوضة أو عقد تبرع، وفي الشركة يصير النقد متعينا كنتيجة طبيعية لاشتراطهم الخلط .

فمن قرر أن الخلط شرط لصحة عقد الشركة، وما يستلزمه من اتحاد جنس رأس المال، وتسليمه قبل العقد حتى يقع العقد على مال مشترك مملوك للشركاء على الشيوع؛ تراهم يقررون أن الهالك يهلك من الجميع، لأن التمايز بين الأموال منعدم .
فالتعيين في أموال الشركة ثبت عند الشافعية لتعيينه بالخلط، وأما قبل الخلط حيث لا شركة فالمال لصاحبه وهلاكه عليه .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٨ .

(٢) ابن قدامة، المعنى، ٥ / ١٠ . وهذه الميزة للنقود سببها أن الغالب في قيمها الانضباط، وعدم التغير، فخف الجهل، وقل الغرر .

انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ٥ / ١٢ .

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٣ .

(٤) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢ / ٢٧٠ .

وكان الحنفية أرادوا أن يكون رأس المال المشارك فيه قبل العقد غير قابل للتعيين، حتى إذا وقع العقد عليه انصبغ بحكمه وهو المشاركة بالمال، فيصبح رأس المال متعينا للشركة، وأراه البديل الذي وضعه الحنفية لشرط الخلط عند الشافعية.

لذلك منع الحنفية من المشاركة بكل ما هو متعين قبل العقد - كالعروض -؛ لأن تعيين مال الشركة هو من آثار عقده، فإن كان متعينا قبلا فرغ العقد من دوره، وأصبح بلا أثر وهذا ممنوع شرعا. فعلة جواز المشاركة بالأثمان المطلقة كأصل في الشركة؛ هو ما قرره الضابط من أنها لا تتعين بالتعيين^(١).

أما وجه التفريق عند الحنفية بين النقد في الشركة والقول بتعيينه بالعقد، وبين النقد في المضاربة والقول بتعيينه بالقبض؛ فإن تعيين النقود بالشركة أولا ليس فيه تغيير لحكم الشرع، لأنه لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليها عوض، ولذلك تعينت النقود في الهبة والوصية^(٢).

أما في المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة فإن النقود لا تتعين فيهما - وإن لم يكن التعيين فيهما تغيير لحكم الشرع وهو جعلهما مئمين - لأنه لا عوض في الحال يقابلها، ولأن كل واحد من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة، والوسيلة تأخذ حكم غايتها، ولكن الفرق هنا بسبب اختلاف طبيعة كل من عقد الشركة وعقد المضاربة؛ حيث أن مبنى الأخير على تسليم العامل المال وقطع تعلق رب المال في تدويره، فناسبه التعيين بالقبض، أما في الشركة فإن يد الشركاء جميعا على المال ولا وجه إلى إيجاب القبض فيها ليتعين رأس المال^(٣).
فمرد الاختلاف هنا بمناط التعيين بين الشركة والمضاربة، إنما هو للاختلاف في ضرورات كل عقد منهما وما اختص به.

ثانيا : الضوابط الفقهية المكملة للضابط العام:

والحديث في الأثمان في ما مضى إنما يقصد به مطلق الثمنية، فكان أن ترتب على هذا الأصل:

الضابط: [إن الجودة في النقد لا عبرة لها في الجنس الواحد]^(٤).

أو ما عبر عنه بقولهم: [قطع النظر في المثلي عن تساوي الأجزاء في القيمة]^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٥٩ .

(٢) المرجع السابق، ص ٧٨ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٨ ، ١١٣ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٦ .

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٩ .

ثالثاً: النتائج العملية لحكم الضابط :

- وترتب على القول بتعين النقود عند الشافعية؛ أن أحد شريكي العنان إذا اشترى شيئاً للشركة بأكثر من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله؛ فإن اشتراه في الذمة وقع الشراء له، وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح الشراء في نصيب الشريك؛ لأن العقد متعلق بعين المال^(١).
وفائدة أخرى؛ أن أحد الشركاء ليس له أن يعطي غير ما عين في العقد، ومتى تلف قبل القبض انفسخ العقد، وإذا خرج مستحقاً بان بطلانه^(٢).

- وأما عند من قال بعدم تعيين النقود في الشراء، فإن الفائدة تظهر من خلال ما استقر أن كل واحد من الشركاء وكيل عن صاحبه في الشراء بماله، وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين، فيكون واجبا في ذمة الشريك الذي لم يشتر، ويكون ربحه من ربح ما ضمنه^(٣).

وفائدة أخرى؛ إن القول بتعين النقود في الشركة يظهر أثره في حال هلاك المال بعد الشراء وقبل قبض المشتري، لأن الدراهم والدنانير مضمونة بالهلاك، والشركة بها على ذلك لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بل يكون من ربح ما ضمن^(٤).

أما ربح ما يتعين بالتعيين فهو ربح ما لم يضمن، (لأن غير النقد - العروض - تتعين عند الشراء بها، والمعين غير مضمون، وأما ما لا يتعين فيكون مضموناً عند الشراء به، حتى إذا هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه، فكان الربح على ما في الذمة)^(٥).

رابعاً: تطبيقات الضابط المعاصرة:

- وقد يقول قائل: وما فائدة هذه الموضوع اليوم وقد تحول البيع والشراء إلى العملات النقدية؟ والرد عليه: إن عودة إلى الذهب أو ما اصطلح على تسميته بالذهب الإلكتروني؛ حيث يتم بيع وشراء السلع ودفْع ثمنها بالذهب، وليس هناك ما يمنع من انتقالها إلى نظام الشركات.

- إن الكلام في الأثمان من الذهب والفضة لا يعني إغفال الصورة المعاصرة لهما من النقود الورقية، لأنها ولفترة قريبة كانت ذات غطاء حقيقي من الذهب والفضة، فالكلام في تعيينها في الشركة وعدمه في المعاملات كما قرر الحنفية، وتعيينها في الجميع كما جاء عند الشافعية يصدق على الصورة - العملة الورقية - كما صدق على الأصل. هذا من ناحية، ومن ناحية

(١) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ٧٧.

(٢) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢ / ٢٧١.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٦٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٥٩، ٧٨.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٨٢.

أخرى فقد أصبح يطلق على الذهب والفضة مصطلح النقود السلعية، أما الدينير والدرهم المغشوشة والفلوس الرائجة فأطلقوا عليها اسم النقود الائتمانية^(١) ولا مشاحة في الاصطلاح طالما كان الدور المنشود، والحكم الشرعي في كليهما ما قرره الضابط .

والدينير المغشوشة هي التي غلبت نسبة النحاس المخلوط بمعدها عن النسبة المقبولة للضرب - لمصلحة النقد^(٢) - وليس بمعنى العملة غير المتعامل بها، والكلام في ذلك يأخذنا إلى السؤال عن حكم المشاركة بالدينير العراقية المطبوعة في الفترة التي أوقع فيها عقوبات دولية على العراق في العام ١٩٩٤، حيث عمدت القيادة العراقية في وقتها إلى طباعة أوراق نقدية لاتعدو قيمتها الحقيقية قيمة الورقة التي طبعت عليها، إلا أن القرار السياسي أجبر على التعامل بها في المعاملات الداخلية ، والسؤال ما حكم المشاركة برأس مال من هذا النوع ؟

إن هذه العملة الورقية وإن تم تداولها إلا أنها في الواقع أخطر من العملة الكاسدة، لأنها من شكل المزور لعدم توفر الدعم الحقيقي لها، وأن التعامل بها كان أقرب إلى المقايضة منه إلى التقويم الحقيقي، يؤكد ذلك أن المعاملات الخارجية والنشاطات التجارية الحيوية كانت تتم بالمعاملات الأجنبية، بمعنى أنها أصبحت تتعين بالتعيين قبل العقد، فهي أقرب إلى العرض منها إلى النقد. وبعد هذا العرض نخلص إلى أن عدم التعيين في النقد المضروب، أضفى عليه سمة (التجريد مما ناسب أن يكون معه النقد وسيطا في المعاملات)^(٣)، وكان السبب في حصول القبول العام في النقدين الثبات النسبي الذي يتمتع به النقد؛ لأن المانع من الشركة في غيره - كالعروض مثلا - أن قيمتها تزيد وتتنقص.

ولما كانت الشركة مفاوضة عند الحنفية يحتاط لها بشروط خاصة لا تجدها في العنان، قرر الحنفية ضابطا بصيغة الحكم مفاده [لا تصح العنان إلا بما تصح به المفاوضة من رأس المال]^(٤) بمعنى أن ما قبّل في الأشد - المفاوضة - يُقبّل في العنان^(٥).

نعم كان شرط الحنفية الخاص في الشركة مفاوضة - بعد شرط النقد المضروب - مطلق المساواة بين الشركاء ابتداء وانتهاء في كل ما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة - كأثر لعدم لزوم الشركة عندهم^(٦) - والمساواة المطلوبة هنا هي المساواة في القيمة وإن اختلفت صفة المال، حتى

(١) حسن، أحمد، الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، قيمتها وأحكامها، ط١، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٩، ص ١٤٧ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ١١ / ٥ .

(٣) الندوي، علي، جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، شركة الراجحي للاستثمار، ١ / ٣٦٣ .

(٤) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٧٨ .

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٣ .

(٦) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٥٦ - السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٢ - شيخ زادة، مجمع الأثر، ١ / ٣٤٠ .

إذا تغيرت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضات وصارت عنانا، لا إن تغيرت القيمة بعد الشراء لأن الشركة أصبحت في المشتري^(١).

الضابط الثاني:

- [المعتبر في رأس المال العرف؛ فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن، وإلا فحكمه حكم العروض في حكم التعيين]^(٢) وعدم جواز الشركة أو المضاربة به.
- [كل ما نزل التعامل باستعماله ثمناً، كان بمنزلة الضرب المخصوص]^(٣).
- [النقود عند الإطلاق والاختلاف في المالية والرواج تنصرف إلى الأغلب]^(٤).
- [الدرهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع القراض بغيرها حيث انفرد التعامل به]^(٥).

والكلام هنا ينسحب على المضاربة كما هو في الشركة عملاً بالضابط: [ما جازت الشركة به من الأموال، صحت المضاربة فيه]^(٦).

والضابط بصيغته يقرر اعتبار العرف حاكماً على مالية المعقود عليه كرأس مال في الشركة - والأصل أن يندرج في الحكم عقد المضاربة إلا ما شذ به من أحكام -، ولا خلاف في مالية الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير؛ لأنها وإن قيل بماليتها في أصل الخلقة؛ إلا أن اعتبارات العرف في الاستعمال أكدت ماليتها على وجه البسيطة .

وأما ما ألحق بالدراهم والدنانير مما قام بدورها في بعض الأزمان أو الأماكن؛ فقد وقع الاختلاف في ماليتها، وهو اختلاف مبرر بحكم الضابط لاعتبارات العرف في كل بيئة أو زمان. وعليه وقع الاختلاف في حكم المشاركة كرأس مال بالنقرة^(٧)، والتبر^(٨)، والحلي والسبائك، وما غلب الغش فيه من الذهب والفضة، والفلوس^(٩) وغيرها.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٦/٦، وذكر مثالا على اختلاف صفة المال بأن يكون لأحدهما مائة سود وللآخر مثلها بيض متساوية القيمة وإن كان ضابط أبي حنيفة ينص على أن لا مفاوضة بمالين لا يختلطان . انظر: السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٥ .

(٢) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/٣٤١ - الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣١٧ - السرخسي، المبسوط، ١١/١٧٣ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٦/١٧١ - شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/٥٠٨ .

(٤) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ١٢٥ .

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٥١٧ .

(٦) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ٢/٣٢٢ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٣ .

(٧) النقرة هي: سبيكة الفضة، وقيل هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، وهي التي لم تضرب . انظر: شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/٣٤١ - المرادوي، الإنصاف، ٥/٣٠٤ .

(٨) التبر هو: ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ ولا مضروب، النسفي، نجم الدين بن حفص، طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص ١٠٠، ويقصد بالمضروب: الخالص من الغش والتراب، انظر: قليوبي على شرح الجلال المحلي، ٢/٣٣٤ .

ومدار الخلاف في حكم المشاركة بها هو: هل نعتبرها من الأثمان أم أنها من العروض المتقومة؟ ثم إن كانت من الأثمان فهل هي كذلك في أصل خلقتها أم أن التعامل بها أجراها مجرى الأثمان، وهل من قيود على هذا التعامل؟

وكان التردد بين مالية هذه المتداولات وعدم تعيينها بالتعيين، وبين تعيينها وعدّها من العروض مع ما وقع فيه من تضارب في صلاحيته كرأس مال، كان مناط الاختلاف بين الفقهاء . وأعرض لهذا الموضوع من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : آراء الفقهاء في مالية غير النقدين مما جرى التعامل به :
وسأتناول هذا الفرع في نقاط ثلاث:

أولا : الفلوس وآراء الفقهاء في ماليتها:

تعددت كلمة الفقهاء حتى في إطار المذهب الواحد في مالية الفلوس من عدمها؛ وكان التفصيل عند الحنفية حيث كان الاختلاف بين رجال المذهب، مع أن المناط فيها جميعا أن لا تكون من العروض التي تتعين بالتعيين، أما الفلوس الكاسدة فهي ليست من الأثمان على كل حال^(٢)، بل وعند غير الحنفية من المذاهب الأخرى^(٣)، لأن العبرة بالتعامل، ففي كل موضع جرى التعامل بها، واعتبرت من الأثمان، جاز أن تكون حصة من رأس المال^(٤).

وأما الرائجة فقد ألحقها محمد من الحنفية بالنقود وهي من الأثمان عنده^(٥)، وأما أبو يوسف ففرق بين وقوع العقد بها شركة أو مضاربة، حيث أذن في الأولى ومنع في الأخرى.

وجه قوله: إن رأس المال في المضاربة إن كان من الفلوس كان قيميا، والقيمة مجهولة، وعند تقسيم الربح تظهر المشكلة عمليا، أما في الشركة فإن الفلوس على فرض كسادها فإن الشريك يأخذ رأس المال عددا لا قيمة، لأن حال الشريكين سواء فلا يتضرر أحدهما، ويكون الربح بذلك معروفا فلا محذور نخشاه^(٦).

(١) الفلوس هي: عملة مأخوذة من غير الذهب كالنحاس والبرونز، الدردير، الشرح الصغير، ٦٨٤ / ٣ - المطيعي، تكملة المجموع، ٦١ / ١٤ .

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣ / ٣١٧-٣١٦ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١١، إلا أنه خرج قولاً بجوازها في الكاسدة بناء على جواز الشركة في العروض على قول - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٥١٩ .

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٧١ - السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٣ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، دار صادر، بيروت، ٣ / ٢٢٤ .

(٥) الغنيمي، اللباب، ٢ / ٧٢ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٩٢ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٥٩ - السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٤ .

وقيل في تعليل رفض السماح بالمشاركة بالفلوس عند الحنفية في رواية ثالثة في المذهب ؛ إن رواج الفلوس عارض؛ وهي تتعين فكانت أقرب إلى العروض منها إلى الأثمان^(١)، وكان الأصل الذي بني عليه هذا القول: [الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل حال]^(٢). وكان نظرهم البعيد متوجه إلى ضمانات معرفة الربح، ومنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى المنازعة عند القسمة .

حتى أن من الحنابلة من رفض تعليق الجواز على الرواج، وقال (إن الفلوس وإن كانت نافقة فهي ليست كالدرهم في المعاملة عادة، فقد تكسد وتحرم المعاملة بها، ولأنها أنقص سعرا، ولهذا يكون البيع بالفلوس دون البيع بقيمتها من الدراهم)^(٣).

ومع هذا التنوع في الأقوال - ولا أقول التضارب لأن المعيار هو العرف - ترى صاحب فتح القدير يقرر: (إن الكل على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة، وعلى منع بيع فلس بفلسين)^(٤) لمكان الربا، وبذلك يتحقق فيها الميزان الرئيسي من أنها لا تتعين بالتعيين، وعليه لا يفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم، خصوصا وقد تحقق فيها مناط الثمنية بأن خلقت في الأصل أثمانا^(٥)، وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج^(٦)، والحرج مرفوع في الشريعة .

أما عند بعض المالكية^(٧)، وبعض الشافعية^(٨) فإن البحث في مالية الفلوس وعدمه كان من باب العلة القاصرة وجواز التعليل بها؛ فمن رأى أن علة الربا في النقدين كونهما أثمان المبيعات، وقيم المتلفات؛ ألحق بهما الفلوس، أي أن العلة في العين هي كونها ثمنا أو قيمة أو كونها أصلا في ذلك، ومن رأى أنه شرع غير معلل منع لحوق الفلوس بهما^(٩).

وأستأنس بمنع المشاركة بالفلوس عند المالكية بالقاعدة الفقهية التي تقرر أن: [كل ما له ظاهر فهو مصروف إلى ظاهره إلا لمعارض راجح، وكل ما لا ظاهر له فلا يترجح إلا بمرجح]^(١٠).

(١) الزيلي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣١٦، ونسبت هذه الرواية إلى أبي حنيفة، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٩، ٨٢ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٩ .

(٣) ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، ص ١٠٣ .

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٧٠ .

(٥) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٧٠ - ابن مودود، الاختيار في تعليل المختار، ٣/ ١٤ .

(٦) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٧١ - السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٣ .

(٧) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٦٨٤ . والكلام جاء في حكم المضاربة بها، وأن رخصة القراض يعمل بها في محلها وهي النقود.

(٨) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٤٤٦ . وجاء النص فيه: اختص المضروب من الذهب والفضة بكونه قيم الأشياء، فلا تقويم

بغيرهما، فلا ربا في الفلوس ولو راجت رواج النقود في الأصح .

(٩) ابن بيه، عبدالله، توضيح أوجه الاختلاف في مسائل من معاملات الأموال، ص ٩٣ .

(١٠) المقرئ، القواعد، ٢/ ٤٩٧ . والضابط يعلق جواز الاستثناء بالشركة في غير النقدين-الظاهر- على المرجح-الاستعمال مثلا-.

ويرى بعض المعاصرين أن الحكم في الفلوس يختلف باختلاف موضوع العقد الذي ارتبطت به؛ فإن كانت في صورة البيع أو القرض فهي في ذمة المشتري والمستقرض وهما من المضمونات، أما إن كانت معقودا عليها في عقد أمانة - في يد القابض - كالمضاربة ، فإن رب المال إذا أراد استرداد رأس ماله من المضارب فله أن يسترد مثله لا غير، من غير أن ينظر إلى رخص أو غلاء ، لأنه بالدفع إلى المضارب لم يثبت في ذمته ولم يدخل في ضمانه (١) وأما عند قسمة الربح فإن رب المال يأخذ من المضارب بقيمة رأس ماله يوم القسمة لا يوم الدفع (٢).

ونخلص من هذه الدراسة بالنتائج التالية :

- تنزيل الحكم الشرعي بحسب الوقائع وظروفها، أو الاختلاف الأصولي في مناطها، كما في تغيير القول بالجواز وعدمه في الفلوس إن راجت.
- إن العرف كان هو الحاكم في مالية الفلوس من عدمها عند الحنفية، فكانت ماليتها ثابتة في بيئة، ممنوعة في أخرى، مما يفتح المجال لمن أطلق جواز المشاركة بكل ما دل العرف على ماليتها من الأموال وإن كان مستبعدا في بيئة أخرى، مع ضرورة تعليق النظر دائماً على مدى قابلية رأس المال للاسترداد مع انتهاء الشركة وبربحه إن حصل.
- إن تحقيق العدالة في التوزيع ومنع كل ما يمكنه أن يؤدي إلى قطع المشاركة في الربح، كان هو الهاجس الملازم للفقهاء في بحثهم هنا، وأن أحد اعتبارات مالية الفلوس كان مدى تمتعها بقبول عام يمكن معه من تداولها .
- استخلاص الضابط التالي: [إن رأس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد] (٣)
- إن التشدد الذي حصل في علة ربا النقود لا ينسحب على شروط رأس المال في الشركة؛ ذلك لأن التشدد في علة الربا كان في محله لأنه في أمر حارب الله تعالى من وقع فيه، بدليل قوله تعالى بعد أمره بترك رواسب الربا " **فإن له فاعلوا فأذنوا بحربه من الله ورسوله**" (٤)، والأمر على النقيض في الشركة حيث التوسعة ومعية الله للشريكين إن صدقا.

(١) الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ١٧٥ .

(٢) الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ١٧٤ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٤ .

(٤) سورة البقرة : من الآية ٢٧٨ .

ثانيا : من تطبيقات الضابط المعاصرة :

وأرى في تعليق السماح بالمشاركة بالفلوس على الزواج، فتح لباب السماح بالقول بإمكانية الدفع عن طريق البطاقة الائتمانية في الشركات المنعقدة عبر وسائل الاتصال الحديثة، كما في المساهمة عبر الانترنت، لأن المعيار الذي نخلص منه هنا هو مدى توافر القبول العام، مع إمكانية الضبط للأصل لضمان سلامة الربح .

وقد يبدو الكلام هنا في أدوات دفع رأس المال لا في جوهره، إلا أنني أراه قريب لأن محذور كساد الفلوس حاصل في محذور التزوير في البطاقة أو عدم فاعليتها .
أما ماقرره المالكية من تقييد السماح بعد الزواج بأن لا يوجد غيرها؛ فالكلام يصلح للتعامل في الإقليميات الضيقة، بدليل قولهم (إن تعومل به ببلده) ^(١)، وبحثنا يهدف إلى تحديد معالم رأس المال لنطاقات أرحب .

ثالثا : التبر والنقرة والمغشوش :

ونعرض هنا أقوال الفقهاء في ما إذا تغيرت الصورة النمطية للنقد - المضروب من الذهب والفضة - وجاءت المشاركة بالذهب والفضة على صورتها الأولية، أو كان النقد مختلطا بغير جنسه اختلاط عيب - المغشوش - لا اختلاط ضرورة - الضرب - .
وأعرض لأقوالهم في التبر والحكم ينسحب على الأخرى، فعند الحنفية تباينت النظرة بتباين محل البحث ؛ ففي باب الشركة اعتبروه من العروض، وأما في باب الصرف فقد غلبوا فيه معنى الثمنية ^(٢)، وكأنني أراهم احتاطوا في باب الصرف - وهو منزلق خطير - فرجحوا جانب الثمنية، وما يُطلب من ضرورة ضبط الوزن والقيمة، سدا لذريعة شيوع التعامل ووقوع الربا .
والضابط هنا [التبر لا يصلح إلا في موضع يجري فيه مجرى النقود] ^(٣).

وأما المالكية فقد قالوا بالمنع ^(٤)، وكان مناط المنع عندهم اختلال معيار الاستواء في الجودة والرداءة بين المالكين في الشركة على فرض دفع أحدهما المسكوك ودفع الآخر التبر ولو مع التساوي في المقدار، وحتى لو ساوت جودة التبر المسكوك على قول، لا لأنه أقرب إلى العروض منه إلى النقد ، مع أن المالكية قالوا بصحة الشركة بالعروض كما سنفصل إن شاء

(١) عليش، تقارير محمد عليش بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥١٨ - ٥١٩ .

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣١٧ .

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٩٢ .

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٠ .

الله، أما حيث كان الهدف استئمان المال دون شبهة الربا- بالمضاربة-؛ فالتبر والنقار والحلي إن تعامل به ببلده، ولم يوجد غيره من المسكوك؛ جاز التعامل به على قول عندهم^(١).
وأما عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) فالتبر غالب عليه أن يعتبر من السلع لا من الأثمان، وعليه فهو يتعين بالتعيين، فلا يصلح رأس مال لا في الشركات ولا في المضاربات.
ويستفاد من الضابط: أن كل ما نزل التعامل به منزلة الأثمان؛ فإنه لا يشترط فيه اتحاد جنس المال في الشركة فيجوز بدينار أردني وريال سعودي مثلا، ولا يشترط كذلك اتحاد الوصف كدينار أردني وآخر بحريني، لأن العبرة في رأس المال أن يكون من الأثمان، أو ما جرى على اعتباره منها^(٤).

أما المغشوش؛ فالفتوى عند الشافعية على صحة الشركة والقراض به إن استمر رواجه في البلد^(٥)، وهو كذلك عند الحنابلة قل الغش أو كثر^(٦)، وكأن الرواج أوحى بالقبول العام للنقد وإن خالطه غش، دون وقوف طويل عند نسبة الغش فيه .

وأقف هنا فأقول: إن الانفتاح في ما يصلح حصة من رأس المال في الشركة أرى أن لا يكون على إطلاقه - مع ما أتينا من عدم تضييق مجال المشاركة -، فالمشاركة في الفلوس أو التبر أو ما داخله الغش لا أراه ينسجم وإطلاق العنان للشريك بالتصرف، لأن الفلوس مثلا إنما جرى العرف بأن يُشترى بها المحقرات، نعم إن في القول بالمشاركة بها إرفاق ينسجم وأصل الشركة، لكنه إرفاق في ركنها الأظهر وفيه خطر .

ثم إن تبدل العرف، وتغير الأحوال أمر غير منضبط، والشركة قد تمتد لفترة طويلة، ورأس المال فيها ركن، فلا أرى ربط الجواز بفترة أولى من عمر الشركة، فإذا كانت الأثمان المعتمدة عرضة للتبدل، فكيف بغير المعتمدة ؟

(١) عيش، تقارير محمد عيش بهامش حاشية الدسوقي، ٣ / ٥١٨ .

(٢) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٦ . واشتهر هذا القول عنده وإن كان هناك من الشافعية من عد التبر من المثلي الذي تصح

الشركة فيه بشروط، وكان الخلاف في التكيف هل هو من المثلي أم من المنقوم . انظر الشربيني، مغني المحتاج، ٣ / ٢٢٥ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١١ .

(٤) الغنيمي، اللباب، ٢ / ٧٢-٧٣ .

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٦ - قليوبي، حاشيتان القليوبي وعميرة على شرح الجلال، ٢ / ٣٣٤ . وقد يرد مصطلح السنوفة

في معرض تفصيل رأس المال، ويراد به ما غلب عليه الغش من الدراهم، انظر: الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات،

مطبعة الباي الحلبي، ١٩٣٨، ص ١٠٣ . ولقد وقفت على ضابط بصيغة الحكم للشافعية يمنع المضاربة بالمغشوش: [ما لم

تخلص فضته لم تجز مقارضته] انظر: الماوردي، الحاوي، ٧ / ٣٠٧ .

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١١ .

وقد يقول قائل إن المحذور من التعليل بالربا مستبعد هنا؛ لأن الربح وهو المقصود لا يكون إلا بعد سلامة رأس المال بغض النظر عن نوعه، إلا أن يكون من الأثمان عرفاً . وهذا ما استقر عليه القانون الأردني، حيث سمح بالمشاركة بالأصول المعنوية - بعد ضبطها - وعدها شكلاً من أشكال رأس المال، وكان مستنده في ذلك العرف والتعامل^(١). وتعرف الأصول المعنوية بأنها: الأصول غير المتداولة وغير المادية الخاصة بمنشأة العمال، والتي تعود حيازتها على المالك بمنافع متوقعة، وتضم هذه المجموعة: الشهرة والعلامات التجارية، وبراءات الاختراع، وحقوق التأليف والنشر، ومصارييف التأسيس^(٢). نعم، يقر مراقب عام الشركات أن هناك مشكلة واقعية في عملية تقييم رأس المال العيني، والتي من مظاهرها الحاجة إلى لجنة تقييم بعد التقدير الأولي من المساهمين، وإن هذه اللجنة لا تتعقد إلا مرة أو مرتين في العام^(٣). وأخرى تظهر من حصول فجوة زمنية بين عملية التقدير وعملية التسجيل، وما قد ينتج عن ذلك من تلاعب ببيع الأصل المشارك به، بعد حصول التقييم^(٤).

الفرع الثاني : آراء الفقهاء في مالية المنافع :

وضع الحنفية ضابطاً لمالية المنفعة قرروا فيه:

ضابط: [الأصل عند الشافعي أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في جواز العقد عليها] ^(٥).

وعليه قرر الحنفية حكماً: إن المنافع لاتصلح رأس مال في الشركة^(٦).

أولاً: توضيح مصطلحات الضابط :

والمنفعة: هي ما يستفاد من الشيء، وهي تختلف باختلاف المحل فيختلف استيفؤها، وهي لاتحدث عادة إلا عند سلامة الآلات والأسباب^(١)، ولما كانت المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، كان كل جزء من أجزائها معقوداً عليه ابتداءً^(٢).

(١) نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ٢٠٠٠، انظر المواد: ٥٨٥، ٥٨٦ من القانون المدني الأردني .

(٢) حماد، طارق (٢٠٠٤)، موسوعة معايير المحاسبة، الدار الجامعية: القاهرة، ١ / ١٢٨ .

(٣) مقابلة أجريت مع معالي السيد صبر الرواشدة مراقب عام الشركات في مكتبه في دائرة مراقبة الشركات، عمان، يوم ٥ / ٦ / ٢٠٠٨ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الدبوسي، عبيدالله، تأسيس النظر، ط١، المطبعة الأدبية، مصر، ص ٦٣ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٣. جاء عند الحنفية في أنواع الشركة الفاسدة: إن كان التصرف من نوع أن يوكل كل واحد منهما صاحبه بأن يواجر دابته ليكون نصف الأجر بينهما- عدم وجود أصل مالي يشتركان به- فهي فاسدة لأن رأس مالها منفعة، والمنفعة ملحقة بالعروض. انظر: السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢٣٨ .

وهي على نوعين: منافع الأشياء ومنافع الأشخاص، أو إجازة على المنافع وإجازة على الأعمال^(٣).

والسؤال هنا هل يصح اعتبار المنافع حصة من رأس المال؟

أما منافع الأشخاص - أو العمل بمعنى أدق - فهي حصة جائزة في المضاربة والمزارعة والمساقاة، لكن السؤال هنا حول مدى قابلية المنافع لأن تكون حصة، بمعنى هل يمكن أن تكون منفعة شيء مشاهد مملوك لأحد الأطراف حصة من رأس مال الشركة؟

وصورتها أن يقدم أحد الشركاء منفعة عقار يملكه ليكون مقرا للشركة مثلا وذلك لتمييز موقعه والحاجة إليه، وذلك بعد تقييم المنفعة - مع ملاحظة أن عملية التقييم لرأس المال ينبغي أن لاتكون بالسعر المستقبلي لما في ذلك من الغرر.

وقد يقول قائل إن في عقد الإيجار مندوحة عن ذلك وهذا صحيح، لكن الكلام هنا في ما يباح لا ما يندب إليه.

أما عند الحنفية فالمنافع لاتصلح أن تجعل رأس مال^(٤)، لأن المنفعة لا يمكن تملكها بنفس العقد^(٥). وأما عند جمهور الفقهاء من المالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨) فإن المنافع والأعيان هي سواء في جواز العقد عليها في البيع والإجازة، وإن عقد الشركة عند المالكية مما تحقق فيه معنى البيع، وأن المنفعة التي يمكن امتلاكها يمكن بيعها، مع أن ماليتها من غير جنس النقود^(٩).

فالمالية عند الجمهور منوطة بتعارف الناس على جعل الشيء له قيمة عينا كان أم منفعة^(١٠). وعلى ذلك يحمل قول المالكية بجواز تقديم المنفعة رأس مال في السلم؛ لأن قبض الأوائل قبض للأواخر^(١١).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤ / ١٧٥ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤ / ١٩٥ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤ / ١٧٤ ، حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة ص ٧٨ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٣ .

(٥) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٣ / ٥١ .

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٤ .

(٧) المطيعي، تكملة المجموع ١٤ / ٢٣ .

(٨) ابن قدامة، المعنى، ٥ / ١٣ .

(٩) حمود، سامي، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٧٨ .

(١٠) حسن، أحمد، الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٤٣ .

(١١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (١٠) السلم والسلم الموازي، ص ١٣ .

أما في القانون المعاصر فلا مشكلة؛ جاء في المادة ٥٨٦ من القانون المدني الأردني: يجوز أن تكون حصة الشريك في الشركة حق ملكية، أو حق منفعة، أو أي حق عيني آخر، وتسري عليها أحكام البيع في ما يتعلق بضمانها إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص^(١).

وبناء على قول الجمهور يمكن أن نوافق القانون على اعتبار الضابط التالي: [إن ما يصلح أن يكون محلاً للالتزام، يصلح أن يكون حصة لشريك في رأس مال الشركة]^(٢) ومحل الالتزام هو محل معتبر متقوم قانوناً، وإلا كيف تترتب عليه الإلتزامات .

- وأن الحصة العينية في الشركة كما تقدم للتمليك-ويطبق عليها أحكام البيع-، يمكن أن تقدم للانتفاع وتطبق عليها أحكام الإجارة إذا كانت الحصة للانتفاع^(٣).

الضابط الثالث:

[تصح الشركة في كل مثلي دون المتقوم]^(٤)

-الضابط عند الحنفية: [ما وجب دينا في الذمة - من المكيل والموزون والعددي المتقارب - يصلح أن يكون ثمناً]^(٥).

-وجاء تفصيله [المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثماناً على كل حال، بل تكون تارة ثمناً وتارة مبيعاً لأنها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس]^(٦)

-والضابط عند الشافعية: [لاتجوز الشركة في ما يرجع في حال المفاصلة إلى القيمة لتغير القيم]^(٧)

أولاً : التعريف بمصطلحات الضابط :

يقصد بالمثلي (كل ما حصره كيل أو وزن ويجوز السلم فيه، كالنقدين - يحصرهما الوزن - والحنطة والشعير)^(٨)، ويتحقق منه في كل ما إذا اختلط بجنسه - من كل وجه - ارتفع التمييز^(٩).

(١) نقابة المحامين الأردنيين، القانون المدني الأردني، ص ١٠٩ .

(٢) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي: بيروت، الفقرة ١٥٨، ٥ / ٢٢١ .

(٣) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ١٢٤ .

(٤) النووي، المنهاج متن معني المحتاج، ٣ / ٢٢٥ - النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٦ ، والنظر في شروح الضوابط يجد تداولاً بين ما سبق، بل وبين ما سيأتي، ولا تكرر في ما أرى، لأن الضوابط مع تنوعها وعموم مدلولها تشمل بحكمها ما تناوله الفقهاء ما يصلح من رأس المال، وهو عندهم محدود .

(٥) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٣ / ١٥ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٠ .

(٧) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٧٢ .

(٨) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ١٣ .

(٩) الحصني، تقي الدين الحسيني، كفاية الأخيار، ص ٢٧٠، وأقصد بقولي من كل وجه أي الاتفاق في الجنس والصفة.

أما المتقوم فيقصد به: كل ما له قيمة من الأعيان ولم يتحقق فيه مناط المثلي، (فالأعيان غير الحيوان تنقسم إلى مثلي ومتقوم، أما المثلي فهو ما حصره الكيل والوزن ويجوز السلم فيه، وأما المتقوم فهو ما ليس كذلك) (١) .

ثانيا : تحديد مناط الضابط :

الضابط الرئيس يؤكد مبدأ عدم التعيين في ما يصلح رأس مال في الشركة، فالمتقومات لما لم يكن من الممكن تحقيق الخط فيها لأنها أعيان متميزة^(٢)، فقد يتلف مال أحدهما أو تنقص قيمته فلا يمكن قسمة الآخر بينهما، وهو ما دعا الشافعية في وجه إلى القول بمنع الشركة حتى في المثلي لأن الخطر من زيادة القيمة ونقصها متحقق فيه كما في العروض^(٣).
وتأكد هذا التخوف بما جاء عندهم [القيمة هل هي وصف قائم بالمتقوم، أم هي تنتهي إلى رغبات الراغبين في اتباعها؟] وجهان الأظهر الثاني^(٤) .

والضابط العام يوسع دائرة المأذون فيه كرأس مال- ولا يقف عند حد النقد- نظرا لتحقيق غاية الاشتراك من خلال اشتراط الخط والذي يلغي التمايز بين الشركاء، مما يستلزم عقلا اتحاد جنس المثلي وعدم الاشتباه فيه حتى على صعيد الشريك المالك لأصل المال، أما إن اختلف الجنس كالدرهم والدنانير أو الصفة كحنطة بيضاء وأخرى حمراء، فلا تصح لإمكان التمييز وإن عسر^(٥) .

والحقيقة أن الاختلاف في الجنس لانزاع في أنه سهل التمييز، أما الاختلاف في الصفات فهو على درجتين: اختلاف بين وآخر خفي، فأما الأول: فلا شركة فيه قولا واحدا؛ لعدم حصول الخط النافي للتمييز، بل هو اختلاط في المال. ولأن الغرض من الشركة هو التصرف بمجموع المال، والتصرف في مال مخلوط بمستويين من الجودة يؤدي إلى التقليل من قيمة رأس المال وفي ذلك ضرر، ولا مدخل له في عقد الشركة بما هي عقد إرفاق .

وأما الثاني - وهو التمايز الخفي- فالراجح عند الشافعية منع الشركة فيه، لعدم تحقق مناط الشركة وهو شيوع المال ملكا بين الشركاء بالخط الحسي التام^(٦).

(١) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي، ١/ ٣٧٢ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٠-١١ .

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٦ - الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٧٤، ٤٧٥ وجاء فيه أنها قولان لوجهان .

(٤) الزركشي، المنتور في القواعد، ٣/ ٨١ .

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٥ .

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٦ .

أما الشركة في المتقوم فممنوعة لأن [ما يختلف باختلاف المقومين لا تصح الشركة به]^(١)، وضبط رأس المال أصل لتقرير الربح، وهو المعقود عليه عند الحنفية^(٢)؛ بمعنى أنه الغاية من تشريع الشركة .

وتفرع عن هذا الأصل-تصح الشركة في كل مثلي- ضابط: [قطع النظر في المثلي عن تساوي الأجزاء في القيمة]^(٣)،

ويمكن تعليقه بأن الجودة في أموال الربا لاقيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها، فسقط اعتبار الجودة فصارا كأنهما على صفة واحدة^(٤).

فلا يشترط تساوي المثلي في القيمة طالما أنه تساوى في الصورة تساويا يمنع التمايز، ويبقى الحق قائما لذی القيمة الأعلى في نسبة الربح، فمثلا لو خلطا طنا من الحنطة مقومة بألف دينار، وطنا من حنطة أخرى مقومة بخمسمائة، صح وكانت الشركة أثلاثا^(٥).

[فالمثلية المطلوبة عند الشافعية هي مثلية جنس وسكة - صفة -، أما في المقدار فلا]^(٦).

ويظهر للباحث من خلاصة ما مر أن الوجهة عند الحنفية كانت مؤلوة إلى كل ما يمنع النزاع عند توزيع الربح، بمعنى أن الحكم مغنياً، حتى إذا أمنا سلامته عدنا إلى الإباحة، وكانت النظرة عند الشافعية مركزة على ضرورة الاشتراك التام بالأصل للقول بالاشتراك بالفرع - الربح - . وبناء على الضابط فإن ما بات يُعرف اليوم بالمنتجات الزراعية النقدية cash crops من القمح والقطن وغيرها من المحاصيل الاستراتيجية والتي باتت بمضمونها شكلا من أشكال العملات ، خصوصا وأن الحديث عن دورها في الصناعات التحويلية، ومدى الأثر السياسي الذي يتمتع به مالكوها يحدد معالم شراكة جديدة ليس هناك ما يمنع منها شرعا .

ونموذج الشراكة الذي أقترحه؛ يقوم على تعاقد عدد من المزارعين للمنتج الاستراتيجي - قمح،

قطن- بعد ضبط كم المنتج من كل نوع ، ومعرفة صفاته، بحيث تتشكل سلة من العملات

الزراعية، يقايض بها منتج حيوي آخر، خاصة وأن هذه المنتجات باتت وقودا حيويا ومصدرا لتوليد الطاقة. والصورة وإن كانت من مستوى عمل الحكومات لا الأفراد؛ إلا أنها تصدق على

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣ / ٣١٧ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٥٩ .

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٩ - الشريبي، معني المحتاج، ٣ / ٢٢٥ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦١ .

(٥) الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٤٥ .

(٦) الماوردی، الحاوي، ٦ / ٤٧٧ - المطيعي، المجموع، ٤ / ٣٣

نمط الشراكة بين الدول والأفراد، أو فنقل بين مؤسسات الإقراض الزراعي - وهي ذات الصفة الحكومية- والأفراد .

الضابط الرابع :

[التصرف بالمضمون يقع للضامن] ^(١).

[ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح] ^(٢).

سبق أن قررنا أن عقد الشركة هو كالوكالة في التصرف بالمال، وهو عقد أمانة بمعنى أن المتصرف بالمال أذن له بوضع اليد لغايات الاستثمار، ومن المقررات الشرعية أن الأمانة لاتضمن في الأحوال العادية؛ حيث لا اعتداء ولا تقصير من المؤتمن في الحفظ ، وهي تتقلب مضمونة بأحدهما .

وأما المضمون فيقصد به: ما وجب أدائه عينا إن كان معيناً- موجوداً-، أو مثله إن كان مثلياً - هالكا أو مستهلكاً- وهو دين في الذمة، والتصرف فيه بناء على الضابط من حق الضامن، وما ترتب على التصرف من ربح أو خسارة له وعليه شرعاً. والكلام هنا في حكم جعل الأمانة - ديناً أو وديعة - رأس مال في الشركة أو المضاربة ^(٣)، فمثلاً في المضاربة إن عقد رب المال المضاربة مع العامل على أن يكون رأس المال ما في ذمة المضارب من دين لرب المال، فهل تصح المضاربة ؟

الفقهاء في حكم جعل الدين رأس مال في المضاربة - أو الشركة - على قولين :
القول الأول: لا يصح جعل الدين في الذمة رأس مال في الشركة والمضاربة؛ وبه قال الجمهور من الفقهاء ووصف هذا القول بشبه الإجماع^(٤)، أما تعليل المنع فكانت له مبرراته المختلفة في كل مذهب؛ أما بناء على الضابط فظاهر لأن الدين في ذمة المدين - وهو هنا المضارب - مضمون عليه فلا مدخل لرب المال في ربحه ، لأنه نماء مال العامل، ولا يغير الاتفاق على غير ذلك من الحكم ^(٥)، وما في الذمة لا يتعين فلا يصلح رأس مال في الشركة، عملاً بضابط هذا الباب: أن النقود تتعين في الشركة.

(١) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٥٥ .

(٢) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١/ ٢٨٢ .

(٣) الكلام في حكم هذا الضابط أقرب إلى المضاربة منه إلى الشركة؛ وذلك لما قرره بعض الفقهاء من اشتراط الخلط في الشركة وما يستلزمه من اتحاد جنس المال.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٥ - القرافي، الذخيرة، ٦/ ٣٣ - عليش، تقارير محمد عليش بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥١٨ - الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٣٩٩ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٣ - الكرمي، غاية المنتهى، ٢/ ١٦٦ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٨٣ .

وعند المالكية كان السبب في المنع سد ذريعة الربا؛ لاحتمال أن يكون رب المال قد أخره ليزيده فيه تحت مسمى الربح^(١)، أضف إلى ذلك أن المقصود من الشركة هو الربح وطريقه التصرف، وهو غير ممكن في حالة الدين^(٢).

القول الثاني: صحة المضاربة بالدين؛ لأن المضارب اشترى بإذن رب المال، ودفع الدين إلى من أذن له بدفعه إليه، فهي من الوكالة والحوالة، وكما لو دفع له عرض وقال له ضارب بئمنه، وقال به بعض الحنابلة^(٣)، ورجحه ابن القيم معللاً ذلك: بأنه ليس من الأدلة الشرعية ما يمنعه، وليس في تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع، بل وإن في تجويزه إظهار لمحاسن الشرع^(٤)! والحقيقة أن القياس على العرض قياس مع الفارق لأن العرض ابتداءً هو مال مضمون، والخلاف في صحة تعليق الانعقاد على بيعه حاصل بين الفقهاء .

أما أن المضاربة بالدين لاتخالف نصاً ولا قاعدة شرعية؛ فإنها قد تحقق فيها مناط حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(٥).

أما إن كانت الأمانة في يد المضارب وديعة مالية قائمة غير هالكة؛ بأن قال رب المال للعامل: ضارب بما في يدك من وديعة لي على أن يكون الربح بيننا، فصحيح عند الحنابلة^(٦)؛ لأن إيجابه صادق محلاً، فالوديعة ملك رب المال وهي بخلاف الدين الذي لا يصير ملكاً للغريم - رب المال - إلا بقبضه^(٧).

أما من منع المضاربة في الدين فاستمر على قوله بعدم جوازها في الوديعة ، وجاء في تعليق المنع أن العامل يحتمل أن يكون قد أنفق الوديعة، ولا يملك ما يؤدي به^(٨) وبذلك يظهر عدم قبول عقد المضاربة - وهو عقد أمانة - آثار عقد الضمان - بالدين -، وعدم إمكان التفريق بين أحكام عقد المضاربة وبين مستلزمات عقود الضمان، للاختلاف بين أحكامهما،

(١) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣ / ٥١٨ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٠ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥ / ٤٣ .

(٤) ابن قدامة، هامش المقنع، ٢ / ١٧٤ .

(٥) أخرجه الترمذي ، وقال : هذا حديث حسن صحيح ، انظر : الترمذي ، سنن الترمذي ، باب ماجاء أن العارية مؤداة ، كتاب البيوع ، ح (١٢٦٦) ، ٣ / ٥٦٦ . والحديث الشريف وإن كان في السارق؛ إلا أن المدين قد تحقق فيه وصف الآخذ وإن كان أخذه بحق، وما يستوجبه الآخذ من الرد إلى من ادانته .

(٦) البيهوتي، كشف القناع، ٣ / ٥٤٦ .

(٧) ابن قدامة، المغني، ٥ / ٤٤ . أما إن كانت تالفة فهي دين في الذمة .

(٨) القرافي، الذخيرة، ٦ / ٣٣ .

ولأن القصد من الشركة هو اجتماع عناصر الإنتاج من المال والعمل بقصد تحصيل الربح، وهو غائب في حالة المشاركة بالدين .

وكان مناط منع المضاربة بالدين كرأس مال هو عدم تحقق معنى الدفع كشرط لصحتها، إلا أن من الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢) من صحح المضاربة بقول رب المال للغاصب: ضارب بعين مالي الذي غصبته مني؛ لأن ذلك في معنى الدفع، وبمجرد عقد المضاربة زال ضمان الغصب وصار المال بيده أمانة .

في حين قرر الشافعية أن عقد المضاربة لا ينافي الضمان، وأنه لا يزول ضمان الغصب - من الغاصب العامل - إلا بدفعه ثمنا وتسليمه لمن يعاملهم^(٣).

وأقول بل إن حكم القراض ينافي الضمان في الأحوال العادية، وكان الخلاف مرده الخلاف بين الحنفية والمالكية من جهة، والشافعية من جهة أخرى؛ هل العبرة بالعقد فيكفي لصحة مضاربة الغاصب عقد المضاربة معه، أم أن العبرة بالتصرف كما قرر الشافعية^(٤).

من تطبيقات الضابط العملية:

(أ) ما قرره المالكية من أن شريك المفاوضة عندهم لا يشتري بالدين شيئاً غير معين؛ لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن، لأن ضمان الدين من المشتري^(٥).

(ب) ليست شركة الوجوه من باب الشركة بالدين، بل هي شركة في ما يُشترى على أن يؤدي ثمنه بعد البيع، وما فضل بينهما، فافترقا .

(ج) ولا مجال بناء على الضابط إلى القول بتضمين المضارب؛ لأن قوام عقد المضاربة على الأمانة، فلا يخلط بين الأحكام ويُعطي ما هو غير مضمون في الأحوال العادية - من غير تعدد حكم المضمون، ولا كلام في أمانة المضارب - بعد العقد معه - لأن الحنابلة صححوا تقرير رب المال للغاصب - مع انخرام أمانته - على المضاربة وقالوا بتحول العقد من مضمون إلى أمانة مع ما يستلزمه ذلك من الحقوق .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٨٣ . وقال بذلك منهم أبو يوسف والحسن بن زياد، ومنع زفر .

(٢) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٤٦ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٤ .

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٣٩٩ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٢ - زيد الخير، المبروك بن علي، تلخيص الفوائد وتجميع الفرائد شرح الألفية الفقهية على مذهب

السادة المالكية، ط ١، ٢٠٠٦، دار ابن حزم، بيروت، ص ٦٣٦، ٦٣٧ - النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨١ .

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٤ .

د) إن مضاربة المصرف الإسلامي بالودائع التي تحت يده تخوله شرعا المشاركة في ربحها بناء على قول الحنابلة، لأنها مضمونة عليه فحصل الانسجام بين الحكم في أوله وآخره في عقد المضاربة .

ه) إن شيوع التعامل الربوي بالإقراض بفائدة والذي سرى على مستوى الأفراد والمجتمعات حيناً من الدهر - وما زال - أفرز واقعا أكثر سوءا بترامك الديون وفوائدها، مما حدا ببعض أصحاب القرار التفكير في العودة إلى النظام الإسلامي بالمشاركة بالاستثمار، وتقاسم المغامم والمغرم ، وبرزت فكرة مبادلة الديون بأسهم في مشروعات قائمة^(١)؛ بمعنى أن يدخل الدائن بعدد من الأسهم عن نسبة محددة من الدين في مشروع استثماري قائم ، وذلك بتنازل المدين المتعثر بالسداد عما يوازيها من حق له في المشروع، فتتحول العلاقة من اقتراض بفائدة مركبة إلى مشاركة بالإنتاج والربح .

ولا أرى في هذه الحالة ما يمنع شرعا، إن قلنا إن غرر المشاركة بالدين غير متحقق، على أن تكون أسهم رأس المال بقيمة الدين فعلا وبلا أي زيادة .

ويعرض لنا تساؤل هنا: هل نعتبر تقديم الشيك البنكي مؤجل الدفع إلى فترة محددة مستقبلة من أحد الشركاء ، ثم وضعه في حساب خاص تم فتحه لغايات المشاركة وباسم الشركة هل نعتبره من الشركة بالدين ؟

وما حكم المشاركة بما يسحب من بطاقة الائتمان - والذي تقوم فكرته على مبادلة قيمة حاضرة بقيمة آجلة بمعناه الواسع، أو ما يسمى بالإقراض النقدي المباشر بمعناه الضيق^(٢) - ولا نقصد هنا بطاقة الحسم الفوري أو الصراف الآلي - بل أتناول هنا بطاقة الحسم الآجل وهي ذات ائتمان قصير الأجل؛ حيث تحسم المؤسسة المالية الإسلامية - البنك - من رصيد حامل البطاقة لديها أو تطالبه سريعا إذا انكشف حسابه^(٣).

والصورة التي أعرضها هنا : أن يدخل عميل بنك ما في عملية مشاركة مع بنك إسلامي آخر، بحيث لا يقدم العميل حصة نقدية بل بطاقة ائتمان صادرة من البنك الأول، وكان الحال أن رصيد العميل قد انكشف - بمعنى أن لا رصيد يغطي المبلغ المطلوب دفعه - ؛ فهل يصدق على هذه الحالة المنع الوارد من المشاركة بالدين ؟

(١) سعد، عبدالقادر (٢٠٠٧)، المشاركة كصيغة تمويل مصرفية، تجربة بنك فيصل الإسلامي السوداني، ط١، الخرطوم، المركز السوداني للبحوث والدراسات والتوثيق، ص ٤٦ .

(٢) أبو غدة، عبدالستار (٢٠٠٢)، الائتمان، من وقائع ندوة دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة، ١/ ٢٤٤ .

(٣) المرجع السابق، ص ٢٥٤ .

الحقيقة أن الأمر بات اليوم أكثر انضباطا وأقل غررا من المشاركة بالدين التي منعها الفقهاء؛ لأن البطاقة الائتمانية وإن كانت شكلا من أشكال القرض، إلا أنها غالبا ما تكون مغطاة - كشرط من المصدر- إما بحساب جار أو بحساب استثمار، وإن لم يكن فالبانك وكأنه أقرض عميله القيمة المشارك بها^(١) وعليه فإن المحذور الذي أراد الفقهاء درءه غير متحقق في هذه الحالة.

أما الشيك البنكي المصدق فالغالب فيه أنه مضمون قانونا، ووسائل التحقق من مصداقيته ممكنة؛ وذلك بأن يتأكد البنك من وجود رصيد قبل مباشرة عملية الشراكة، أو أن يحصل المال أولا ثم يعقد شركة، أما إن كان الشيك دينا فلا تصح المشاركة فيه؛ لأن معنى ذلك هو تدوير الديون وقلبها.

الضابط الخامس :

[كل ما آل إلى ربح ما لم يضمن تمنع المشاركة به]^(٢)

أولا: توضيح مفهوم الضابط : مصطلحاته، ومستنده :

والضابط في معناه الشامل من تطبيقات الأصل الذي قامت عليه الشريعة وأحكامها من [أن النظر في مآلات الأفعال مقصود معتبر شرعا]^(٣).

والأصل الذي يستند إليه هذا الضابط، هو ما اشتهر كقاعدة شرعية؛ قوله عليه الصلاة والسلام: (الخراج بالضمن)^(٤)، وهو في معناه المعروف ارتباط حق بواجب ارتباطا عضويا لايفك ، مآله تحقيق العدالة التي قامت عليها الشريعة الإسلامية .

والضابط - بل ولنقل القاعدة- أصل ينبسط على مساحة أكبر من حدود شروط رأس المال في الشركات، ولقد قررت سابقا أن عملي في بحث الضوابط الفقهية بموضوع الشركة بالمعنى الخاص للضابط الفقهي، إلا ما رأيت في عرضه من مصلحة ملحة من القواعد الفقهية الأشمل، عملا بالمعنى العام للضابط الفقهي والذي هو القاعدة .

(١) الهيتي، عبدالستار (٢٠٠٢)، بطاقة الائتمان بين المصارف الإسلامية والمصارف الربوية من وجهة نظر الفقه الإسلامي، من وقائع ندوة دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة، ١/ ٢٠٩، ٢١٠ .

(٢) استقيت فكرة هذا الضابط من: الزليعي، تبين الحقائق، ٣/ ٣١٦ . والضابط عموما كان من تعليقات الحنفية؛ لأن الاعتبار عند غيرهم كانت مختلفة ، انظر: العناية على الهداية، البابر تي، ٦/ ١٨٣ .

(٣) الشاطبي، الموافقات، ٤/ ١٤٠ .

(٤) أخرجه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن صحيح، انظر: الترمذي، سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، ح(١٢٨٥)، ٣/ ٥٨١ .

والخراج هو: ما يخرج من نتاج أو ريع من العين المملوكة بعقد بيع أو معاملة قابلة للخيار أو الفسخ أو الإقالة؛ هذا النتاج هو من حق من هي تحت يده، لما ترتب في ذمته من وجوب ضمانها إن لزم^(١).

والحديث صنوان مع نهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن^(٢)، بل هو المفهوم المخالف له، وكأن التأكيد على مبدأ ارتباط الغنم بالغرم كأصل في إباحة المكسب شرعا تتداخل هنا في تحديد ما يمكن أن يُقبل كرأس مال في الشركة وما لا يُقبل. والكلام في هذا الضابط يعرض لمسألة حكم المشاركة بالعروض كرأس مال في الشركة والمضاربة .

ويقصد بالعرض بالمعنى العام: ما عدا النقدين وعليه فالمثلثات من العروض^(٣)، وهو يشمل الطعام والحلي، وقيل المراد بالعرض: المعين^(٤). وفي قول آخر فسر العَرَضُ بأنه: ما ليس بموزون ولا مكيل ولا حيوان ولا عفار^(٥)، وكأن العرض هو غير المثلي^(٦)، وعليه ليس العرض المحض بثمن بحال^(٧). وأخلص من هذه الأقوال إلى أن أنواع الأموال ثلاثة: النقد، ثم المثلي المتجانس والمتحد في الصفة، وأخيرا العرض، وأن هذه الأنواع قد تتداخل أحيانا فيقال للنقد غير المضروب من التبر والنقرة أو المغشوش أنه عرض، واعتبار المثلي المتجانس في وجه من الأثمان . إلا أن مدار البحث هنا هو العرض من غير النقد ومن غير المثلي المتحد في الجنس والصفة. **ثانيا : آراء الفقهاء في حكم المشاركة بالعروض، وتوجيهاتهم :**

اختلف الفقهاء في حكم المشاركة بالعروض على قولين:

القول الأول : ذهب الجمهور من الحنفية^(٨)، والشافعية^(١)، والحنابلة في ظاهر المذهب^(٢)، إلى منع المشاركة بالعروض واختلفت توجيهاتهم في ذلك وإن كان المناط فيها جميعا أن

(١) ابن السكيت، الأشباه والنظائر، ٢ / ٤١ - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٧٨ .

(٢) أخرجه الترمذي ، وقال : هذا حديث حسن صحيح، انظر الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ح(١٢٣٤)، ٣/٥٣٥.

(٣) الشريبي، معني المحتاج، ٣ / ٢٢٦ - واعتبرت كذلك في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وأبي يوسف . انظر: البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٧٢ .

(٤) الشنقيطي، إعداد المهج، ٢١٦ .

(٥) القرافي، النخيرة، ٨ / ٢٢ .

(٦) البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٧٢

(٧) ابن الهمام، فتح القدير، ٦ / ١٧٢ . والعرض المحض هو ما لم يكن نقد بحال، أما المثلي إذا خلط بجنسه فهو ثمن من وجه عند محمد من الحنفية .

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٥٩، ٨٢ - ابن الهمام، فتح القدير، ٦ / ١٦٨ .

العروض تتعين بالتعيين، وعليه فهي غير مضمونة بالهلاك، فإن قلنا بجواز الشركة بها كان ربح ما لم يضمن .

ف عند الحنفية: لما كانت الوكالة من لوازم الشركة؛ فإنه لا يصح أن يقول أحدهما للآخر بع عرضك ليكون ثمنه بيننا، ولأنه يلزم من ذلك أن يكون وكيلاً في بيع المال على أن يكون له بعض ربحه، والوكيل بالبيع أمين فإن شرط له ربح؛ كان ربح ما لم يضمن، أما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته، فإذا شرط له جزء من الربح كان من ربح ما قد ضمن^(٣).
وكان الضابط هنا [إن كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة]^(٤) .
 بالإضافة إلى ما تؤديه الشركة بالعروض من جهالة الربح عند القسمة، لأن مصير المشاركة بالعرض التقسيم، وسبيله الحزر والظن، فيصير الربح مجهولاً^(٥) .
 فالفساد المترتب على المشاركة بالعروض كرأس مال للشركة ليس لذات العروض ، بل هو للآزمها الباطل^(٦)، (لأنه في الشركة بالعروض إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان، فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن، أما في النقدين فما يشتريه أحدهما يدخل في ملكيهما وثمرته في ذمته)^(٧) .
 ولذلك كانت الحيلة ملاذهم من باب (التوسعة على الناس)^(٨)؛ وذلك بأن تبدأ المعاملة بأن يبيع كل واحد منهما عرضه بدين في ذمة الآخر بحسب ما يرى من الثمن، ثم يتقاصا الثمنين في الذمة، فتكون شركتهما بالثمن الذي باعا العروض به ، لا بقيمته ولا بعينه^(٩) .
 والأمر كذلك عند الشافعية حيث منعوا الشركة والمضاربة بالعروض؛ أما في الشركة فلا تصح بالعروض المتقومة، لتعذر الخلط في المتقومات، لأنها أعيان متميزة^(١٠) .
 وأما في المضاربة فلأن في عقدها بالعروض غرر فاختص بما يروج غالباً، ويسهل الاتجار به وهو النقد^(١١) .

(١) الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٠

(٢) البيهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/ ٢٠٨ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٠ .

(٣) البابرني، العناية على الهداية ، ٦/ ١٧٠ .

(٤) المرجع السابق، ٦/ ١٦٩ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٩ .

(٦) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٧٦ .

(٧) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣١٦ .

(٨) البابرني، العناية على الهداية، ٦/ ١٧٤ .

(٩) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٤ .

(١٠) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٥ .

(١١) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٣٩٨، ٣٩٩. ووجه الغرر في المضاربة أن العمل فيها غير منضبط، والربح غير مضمون .

وكان الضابط عندهم : [ما نافي موجب القراض مُنع من أن ينعقد عليه القراض]^(١) ولا يقولن قائل إن المضاربة في أصلها استثناء من حكم المنع عن ربح ما لم يضمن، فليقبل فيها المضاربة بالعروض؛ وذلك لأن المضاربة في أصل وضعها عدل بها عن القياس للحاجة، وما كان كذلك لا يتجاوز به محله وشروطه^(٢) .

وعند الحنابلة لا تجوز الشركة فيها: لأن الشركة إما أن تقع على أعيانها أو قيمتها أو أثمانها؛ وفي كل منها ما يمنع إما لقطع الربح إن وقعت على أعيانها لتعذر رد مثل رأس المال عند المفصلة، أو وقوع النزاع للتفاوت في التقويم، أو وقوعها على معدوم في الحال أو معلق على احتمال إن قلنا بأن الشركة بثمنها^(٣) .

القول الثاني: أما المالكية^(٤)، والحنابلة في قول^(٥) فقد ذهبوا إلى صحة الشركة بالعروض اتحد جنسهما أو اختلف، واعتبر كل من العرض الواقع في الشركة من جانب أو جانبيين بالقيمة^(٦)، وجاء الحكم عندهم بصيغة الضابط: [كل شركة وقعت بسلعة على القيم فهي صحيحة]^(٧) .

وفصل المالكية فقالوا: (تعتبر قيمته يوم أحضر عرضهما للاشتراك في ما يدخل من البيع في ضمان المشتري بالعقد، وأما ما يدخل في ضمانه بالقبض - كذبي التوفية والغائب غيبة قريبة- فيعتبر يوم دخوله في ضمانه في البيع)^(٨) .

وألحق المالكية بالعروض الشركة بالطعام، حيث منع جمهور رجال المذهب من المشاركة به ولو اتحد جنس الطعامين، والعلة هنا التزام النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وكان ضابطهم في ذلك [الأصل أن لا يقاس على موضع الرخصة]^(٩)، وخالف بعض المالكية وأجازها عند اتحاد جنس الطعام^(١٠) .

(١) الماوردي، الحاوي، ٧/ ٣٠٧ .

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٦٨ - عيش، تقارير محمد عيش بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥١٩ . هذا ولم يوافق ابن تيمية على أن المضاربة عدل بها عن القياس، ورأى أن الخلاف في أصله يعود إلى إلحاق المضاربة بالمعاوضات، والصحيح أنها من جنس المشاركات، وإن كان فيها شوب الإجارة - وهي من المعاوضات- ولكن بالمعنى العام لا الخاص . انظر مجموع الفتاوى، ٣٠/ ٧٥ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٠ .

(٤) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٩ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٧٦ .

(٥) المرادوي، الإنصاف، ٥/ ٣٠٣ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٠/ ٨١ .

(٦) تقارير محمد عيش على حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٤٩ - الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٩ - المرادوي، الإنصاف، ٥/ ٣٠٣ .

(٧) ابن غازي، الكليات، مخطوط مصور عن المكتبة الوطنية بتونس، برقم ٣١١٥، ورقمها في مركز إحياء التراث ٢٥١

فقه مالكي، ص ١٠ .

(٨) العدوي على الخرشي، ٦/ ٤٠ . ويقصد بذبي التوفية: ما حصره كيل أو وزن أو عدد . انظر العدوي، ٦/ ٤١ .

(٩) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٧٦ . ومقصود الضابط أن الرخصة لما خرجت عن حكم العزيمة لعارض وهو رفع الحاجة؛ كانت مستثناة من حكم أصلها لحكمة أو غاية أو علة خاصة مقدرة، وعليه لا يتجاوز به موضعها وإلا خرجت عن وصفها بأنها رخصة

وعند الحنابلة كان باعث القول بالجواز الالتفات إلى مقصود الشركة من إمكانية التصرف في المال ليكون الربح بينهما ، فالعبرة في جواز الشركة بالعروض هو ارتباط مقصود الشركة بالمال بتصرفهما فيه تحصيلًا للربح ، بغض النظر عن أصل المال طالما تحقق فيه أنه عين تنمى بالعمل عليها^(٢)، ويصار إلى تقويمها يوم العقد كما صرنا إليه في زكاة عروض التجارة^(٣)

وكان الإجراء للقول بالمشاركة بالعرض (أن يخرج هذا متاعا فيقيّمه يوم العقد، ويخرج هذا متاعا فيقيّمه، ثم يشتركان بالقيمتين ليكون المتاعان بينهما، إن ربحا فيه كان بينهما، وإن خسرا كان عليهما، اتفق جنس العرضين أم اختلف)^(٤).

وأما المضاربة بالعروض؛ فتصح لأنها في جوهرها توكيل ببيع العرض أولاً، ثم المتاجرة بالمال ولا تتناقض^(٥)، وعلل للجواز كذلك بأن الدراهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها حتى يتمتع القراض بغيرها حيث انفرد التعامل به^(٦)، والضابط هنا [كل عقد صح بالدراهم والدنانير صح بالعروض كالبيع]^(٧).

وذهب بعض المعاصرين بعيدا لما مثل للمضاربة بالعروض بتمويل صفقة شراء بضاعة؛ بحيث يدفع رب المال ثمن شراء البضاعة بالكامل مع ما يلزم من نفقات أخرى كالنقل، والتأمين عليها، على أن يقوم العامل بأعمال السوق^(٨).

وباتت أصلا في الباب. والضابط عمل به المالكية لما قرروا منع الشركة بالطعام من الطرفين مع اتحاد الجنس والصفة عند مالك - في أحد قوليه-؛ وجه القول بالمنع: عدم المناجزة الذي يدخل فيه؛ ذلك لأن الشركة لما كان مبناهما على البيع، حتى إذا بيع الطعام بالطعام ويد كل واحد من الشركاء على ما باع ثابتة، ثم إن باعاه لأجنبي فقد باعا الطعام قبل قبضه وهذا ممنوع .

(١) القرافي، الذخيرة، ٤٣/٨ . وجه القول لمالك بالمنع عدم المناجزة الذي يدخل فيه؛ وذلك أن الشركة لما كان مبناهما على البيوع، حتى إذا بيع الطعام بالطعام ويد كل واحد على ما باع ثابتة، ثم إن باعاه لأجنبي فقد باعا الطعام قبل قبضه وهذا ممنوع .

(٢) ابن قدامة، المغني، ١٠/٥ - ابن قدامة، المقنع، ١٦٣/٢، ١٦٤ .

(٣) ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، ص ١٠١، ١٠٣ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ١١/٥ .

(٥) الخرشبي، حاشية الخرشبي، ٢٠٥/٦ - الماوردي، الحاوي، ٣٠٧/٧، وما جاء فيه إنما هو رأي ابن أبي ليلى والأوزاعي. والحقيقة إن المالكية ذهبوا في قول إلى جواز القراض بالعروض إن لم يوجد ما يتعامل به، وأن توكيل العامل ببيع العرض مقبول مالم يكن للبيع خطب. انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٩/٣ .

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٧/٣ .

(٧) الماوردي، الحاوي، ٣٠٧/٧ . ورد على الضابط: بأن القياس على البيع باطل؛ لأنه لا يطلب فيه رد مثل ولا قسمة كما الشركة ، وأنه يتمتع بالعروض والمثلي من مكيل أو موزون للغرر بتغيير الأسواق عند المفاضلة، فإن وقع فله أجر مثله، وفي الحلي: الجواز والمنع لأن الصياغة عرض . انظر: القرافي، الذخيرة، ٣١/٦ .

(٨) دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مركز الاقتصاد الإسلامي، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، إدارة البحوث، ص ٥٦ .

ثالثاً: تطبيقات الضابط العملية :

أ) يؤكد الحنفية عدم صلاحية العروض كرأس مال في الشركة عملياً من خلال تصحيحهم الشركة مفاوضة - وهي ذات الشروط الخاصة - بامتلاك أحد الشريكين عرضاً أو ديناً ما لم يقبض، فلو كانت الشركة بالعروض تصح كرأس مال لفسدت المفاوضة بالزيادة الحاصلة عند أحدهما^(١) .

ب) إن خالف الشركاء وعقدا الشركة على عين العروض وباعا العروض بثمن واحد، قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم البيع^(٢) .

ج) إن المشاركة ابتداء برأس مال عرض وآخر نقد وقع فعلاً في المصارف الإسلامية السودانية، وكان التنفيذ العملي لذلك بتقييم العرض يوم الاشتراك^(٣).

د) في عقود المضاربة بين المصرف الإسلامي وبين أصحاب الحسابات الاستثمارية قد يخرج بعض هؤلاء المستثمرين قبل نهاية السنة المالية ويدخل آخر على النظام والحال أن المال عرض، والملجأ هنا بالتنضيق الحكمي .

ويرى بعض المعاصرين أن الكلام هنا نظري؛ لأن القيام بالتنضيق الحكمي قد يتعذر مع حصول الانسحاب في فترات متفاوتة من اليوم أو الأسبوع أو أكثر، والمحاسب لا يقوم بعملية التقويم، بل يتم ذلك بواسطة خبراء متخصصين في تقويم السلع والمشروعات، والواقع أن توفيرهم من جهة، ثم تكلفتهم إن توفرُوا تفوق الربح المأمول من هذه المعاملة، وأن الحل بالتنضيق الحكمي إن ناسب في المضاربة المنفردة فإنه ليس كذلك في المتعددة^(٤)، وأجد مستنداً لهذا القول ما جاء عند الحنابلة من أن قسمة الربح تحرم والعقد باق إلا باتفاقهما - من باب التنازل عن الحق -، فإن اتفقا وظهر خسران أو تلف المال كله لزم العامل رد أقل الأمرين؛ ما أخذه أو الخسران^(٥).

وخلاصة الأمر في الشركة بالعروض أن من وسع في رأس المال فأجاز الشركة بالعروض علق نظره على غاية الشركة من التصرف بالمال - وأداته بتقييم العرض -، مع الاشتراك بالربح

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٢ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٤ .

(٣) حسن، صيغ تمويل التنمية في الإسلام، ص ١١٢ .

(٤) عمر، محمد عبد الحليم (٢٠٠٢)، الأسس الشرعية والمحاسبية لتوزيع الأرباح في المصارف الإسلامية، من وقائع دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة، ٢ / ٣٨٤ .

(٥) الكرعي، غاية المنتهى، ٢ / ١٧٥ .

ورأه ممكنا فقال بالجواز^(١) ، وأما من نظر إلى وصف الأمانة في الشريك، وعدم الضمان كأصل قرر منع المشاركة بها انسجاما مع الضابط .

وأمر آخر أتناوله في باب المضاربة بالعروض وهو ما إذا كانت العروض هي رأس المال في مضاربة مستأنفة؛ بمعنى وفاة رب المال أو العامل في عقد مضاربة، واختار الوارث البقاء على العقد، فإن الأمر يختلف في حال كون المال ناض- نقد- أو عرض، وبين ما إذا كان العاقد الجديد هو وارث رب المال أو وارث العامل، فإذا كان المال ناضا فلا مشكلة - إن علم الورثة بقدر المال عند الشافعية، وخلص من الحقوق الأخرى^(٢) - ؛ لأنه قراض مبتدأ وقد تحددت فيه الحقوق، وأما إن كان المال عرضا أو بعضه نقد وبعضه عرض فإن الحكم يتفاوت بين كون المتوفى هو رب المال أو العامل؛ أما إن كانت المضاربة مع وارث العامل فهي عند الحنابلة مضاربة مبتدأة يشترط لها ما يشترط للمضاربة - مع أنه سماها تقرير وراث-^(٣)، والشرط هنا أن يقوم العرض ويجعل رأس مال المضاربة قيمته يوم العقد، لأن الذي كان منه العمل قد ذهب عمله بالموت، ولم يخلف أصلا يبني عليه وارثه^(٤).

أما إن كان الأمر لوارث رب المال فقولان: مضاربة مبتدأة على الأصح، لأن القراض بطل بالموت وهذا قراض جديد، والأصل أن ينض المال ونبدأ بنقد جديد وعقد جديد، ووصف هذا القول بالأقيس، ولأن المضارب لو بقي والمال عروض لأصبحت حصته من الربح غيرمختصة به وذلك عند الحنابلة^(٥)، أما الشافعية فالقراض عندهم باطل^(٦) .

وقيل هي استدامة لأن رأس المال عند ابتداء القراض لم يكن عرضا، وما عرض من ظرف لا يؤثر في صحة ما بدأ به من مضاربة، ولأن بقاء العامل على العمل من حقه حتى يظهر الربح^(٧).

والحقيقة إن ما بدا للحنابلة أقيس- القول الأول- فاته أصل الشبه؛ فالربح لم يظهر لأنه إنما يتحقق بالبيع .

وأرى أن القول ببطلان القراض بالموت كان مبرره ضمان أداء الحقوق إلى أصحابها بتغيير المالك، حتى إذا أدى القول بالبطلان إلى تضييع الحقوق أو فواتها فلا يعمل به .

(١) ابن قدامة،المغني،٥/ ١١ .

(٢) الماوردي،الحاوي،٧/ ٣٣٠ .

(٣) المرادوي،الإصناف،٥/ ٣٣٣ - ابن قدامة،موفق الدين عبدالله أحمد،المقتع، المطبعة السلفية، ٢/ ١٧٨ .

(٤) ابن قدامة،المغني،٥/ ٣٩ .

(٥) المرادوي،الإصناف،٥/ ٣٣٣ - ابن قدامة،المقتع،٢/ ١٧٨ .

(٦) الماوردي،الحاوي،٧/ ٣٣٠ .

(٧) الماوردي،الحاوي،٧/ ٣٣٠ - المرادوي،الإصناف،٥/ ٣٣٣ - ابن قدامة،المقتع، ٢/ ١٧٨ .

وخاصة هذه الأقوال يمكن إيجازها بالضوابط التالية :

ضابط: [يستوي في الاستدامة المال الناض والعرض]^(١).

والضابط: [ما لا يكون محلا لإنشاء العقد عليه، لا يكون محلا لإجازة العقد فيه]^(٢).

فلا خلاف في أن الأحوط والأولى إنهاء المضاربة الأولى بحقوقها وتصفية الأموال وابتداء قراض جديد بشروط جديدة؛ قطعاً للنزاع ومنعاً من إيقاع الضرر، ولا نشترط لذلك حصول تنضيض حقيقي بل يكفي الحكمي وطريقه أن تقدر الأعيان والأصول الثابتة على أساس القيمة الاستبدالية؛ وهي القيمة التي تدفع لاستبدال الأصول الثابتة الحالية بمثلها في ظل الظروف الحاضرة وقت التقويم، وهي ترادف القيمة السوقية^(٣).

والحقيقة إن المضاربة في العروض أو المشاركة فيها لو لم تكن أمراً ملحاً واقعاً لما رأيت الفقهاء يتبارون في عرض حيل المشاركة، ومن حيل المضاربة أن يبيع رب المال العرض ممن يثق به ويقبض المال ثم يدفعه إلى المضارب مضاربة^(٤)، ثم يقوم المضارب بشراء المتاع المحدد-المبيع- فيعود رأس المال حقيقة إلى عرض رب المال، وهو مع الحيلة أراه يقع في محذور آخر وهو التحجير على العامل بشراء سلعة معينة وهو ما رفضه الحنفية كما سنفصل في بابه إن شاء الله .

ومن التطبيقات العملية:

تحول عقد التأجير التمويلي إلى شركة مضاربة، يكون المؤجر فيها هو مالك العقار، ويكون المستأجر هو المضارب، ويكون رأس مال المضاربة في هذه الحالة من العروض عند من يرى جوازها كرأس مال المضاربة، مع ضرورة الالتزام بشرط من أجاز من الحنابلة بأن يتم تقييم العين عند العقد، وأن لايشتمل العقد على الغرر كما لو اشترط رب المال الضمان على المضارب إذا تلف رأس المال بلا تفریط منه^(٥).

(١) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ٩٤ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٨٠ .

(٣) شحاتة، حسين، التنضيض الحكمي، ص ١٦٥ .

(٤) الشيباني، محمد، المخارج في الحيل، ص ٧٦ .

(٥) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٨٧ - ٨٨ .

الضابط السادس:

[كل عين تنمى بالعمل فيها يصح دفعها ببعض نمائها]^(١)

والضابط يفتح مجالاً رحباً للاستثمار في نظام المشاركة ليس برأس المال النقدي وملحقاته، بل يدعو إلى التعاون بالشراكة في الأعمال المنضبطة، بالعين المحددة. ومثالها البسيط هو: سيارة الأجرة تكون لأحدهما فيدفعها لآخر ليعمل عليها والأجرة بينهما بنسبة شائعة معلومة .

وسأبحث هذا الضابط من خلال النقاط التالية:

أولاً: أقوال الفقهاء في حكم المشاركة بين رأس المال العيني والعمل :

واختلف في حكم هذا النوع من الشراكة أما جماهير الحنابلة فهم أبرز من قال بجوازها^(٢)، واستدلوا بالقياس على المزارعة، فكما أن الأرض في المزارعة عين تنمى بالعمل فيها، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها، وكما الشجر في المساقاة^(٣)، فكذلك كل عين يؤدي العمل عليها إلى تحصيل ربح، يجوز دفعها ببعض نمائها. ويتعرض الحنابلة لحالتين من الاستثمار لا يخرجونهما على المضاربة، وإنما على المساقاة والمزارعة وهما:

- حالة اشتراك عمل وأصل ثابت ينمى بالاستعمال مثل الدابة أو شبكة الصيد أو دكان الطحان أو رحاه أو بغله^(٤).

- حالة اشتراك عمل ومال منقول؛ كدفع ثوب لمن يبيعه بالربح، ودفع القماش لمن يخيظه ويبيعه قمصانا وله نصف الربح^(٥).

وأما الجمهور من الحنفية^(٦)، والمالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، وبعض الحنابلة^(٩) فقالوا بالمنع وفساد المعاملة، وجاء النص صريحاً عند الشافعية بما يصلح ضابطاً للمسألة :

(١) بتصرف، ابن قدامة، المغني، ٨/٥ . ويمكن قصر الضابط هنا على المضاربة، وإدراجي هذا الضابط في ضوابط رأس المال ليس لأن العين من الأثمان، ولكن نظراً لأنه مال قابل للنماء بالعمل.

(٢) المرادوي، الإصناف، ٥/٣٤٢ - ابن قدامة، المغني، ٨/٥ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٨/٥ - حامد، حسين (٢٠٠٠)، خصائص الاستثمار الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، مجلد ١٩ (٢٢٣)، ص ٢٦.

(٤) ابن قدامة، المغني ٥/٧، ٨ - قحف، منذر (١٩٩٨)، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي (ط٢)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية: جدة، ص ٢٥ .

(٥) ابن قدامة، المغني ٥/٧، ٨ - قحف، منذر (١٩٩٨)، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي (ط٢)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية: جدة، ص ٢٥ .

(٦) السرخسي، الميسوط، ١١/١٧٤ .

(٧) الدردير، الشرح الصغير، ٣/٦٨٣ - التسولي، البيهجة شرح التحفة، ٢/٣٥٧ .

[ما كان النتاج حاصلًا من أعيانها لم تجز المضاربة عليه] (٣) .

واستدلوا على قولهم :

١- عموم النهي عن قفيز الطحان^(٤)، وذلك لشدة الغرر والجهالة التي تركبت منها هذه المعاملة. ورد عليه الحنابلة: لم يثبت عندنا ولا نعرفه، وقياس المذهب عندنا جوازه^(٥).

٢- وأمر آخر كأن الجمهور لحظوه؛ وهو أن الأعيان فاتتها شرط مهم تحقق في النقد من أن (النقد مال نام بالقوة)^(٦)، فلا جهالة ولا غرر في العمل شركة - أو قراضا - فيه، أما الأعيان فالخطر متحقق فيها، خاصة وأن عودة رأس المال مطلوبة شرعا قبل توزيع الربح؛ والآلة تخلق وتبلى فممنع منها^(٧).

٣- أضف إلى ذلك أن في عقد الإجارة - وهو أكثر ضبطا - ما يسد حاجة التنمية في هذا النوع من التعاون لأن تأجير السيارة بمبلغ مقطوع وبعقد ملزم أولى من القول بتمكينها للعامل عليها شراكة في الربح، خصوصا وأن النماء المتوقع منها، والعمل المطلوب فيها محدد سلفا، ولا آفاق له حتى نتوسع فيه بالقول بالشراكة، ويفصل في ذلك بعض المعاصرين:

(المال إن كان مالا عينيا كالألة أو العقار أو الأرض فإن هذا الأصل الثابت يمكن أن يدخل توليفة الإنتاج على أساس الأجر الثابت بأن توجر الآلة أو الأرض لمن يستثمرها لقاء أجر ثابت محدد مسبقا على أساس الزمن مقدرا بالساعة مثلا للعامل أو الآلة، أو على أساس الإنتاج مقدرا بعدد الوحدات المنتجة، أما رأس المال النقدي فلا يمكنه دخول الدورة الإنتاجية على أساس الأجر لأن طبيعته لا تسمح بذلك لأنه لا يمكن استخلاص منفعته مع بقاء أصله)^(٨).

(١) الشربيني، **مغني المحتاج**، ٣/ ٢٣٠ - الماوردي، **الحاوي**، ٧/ ٣١٠ . ودعا الشربيني ولي الأمر إلى أن يمنع هذه المعاملة للضرر الكبير الذي تؤدي إليه .

(٢) المرداوي، **الإنصاف**، ٥/ ٣٤٢ .

(٣) الماوردي، **الحاوي**، ٧/ ٣١٠ - الغمراوي، **السراج الوهاج**، ص ٢٨٠ ، وجاء تعليقه أنها ليست من أعمال التجارة، بل حرفة يستأجر عليها، ثم إن وصفها بأنها مضاربة لما قامت عليه من اجتماع رأس المال والعمل .

(٤) وجاء في تفسيره هو النهي عن طحن الصبرة التي لا يعلم كيلها بقفيز -مكيال في الماضي- منها، أو أن يعطي الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها؛ وعلّة المنع هنا أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله، فيصير الطحن مستحقا عليه .
السخدي، **النتف**، ٢/ ٥٤٧ - ابن قدامة، **المغني**، ٥/ ٨ . وصورتها اليوم ما يعطى في معاصر الزيتون من الزيت بنسبة معينة لكل كمية من الزيتون تعصر .

(٥) ابن قدامة، **المغني**، ٥/ ٨ .

(٦) حامد، **حسين** (٢٠٠٠)، خصائص الاستثمار الإسلامي، **مجلة الاقتصاد الإسلامي**، مجلد ١٩ (٢٢٣)، ص ٢٦ .

(٧) ابن قدامة، **المغني**، ٥/ ٨ .

(٨) قحف، منذر (١٩٩٣)، **دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي**، **مجلة المسلم المعاصر**، العددان ٦٧ - ٦٨ ، ص ١١٢ .

فالضابط هنا: [إن استخلاص منافع النقود لا يتم إلا بمبادلتها بغيرها من الأعيان أو المنافع وليس باستعمالها نفسها] (١)

(فصاحب رأس المال النقدي لا يباح له في نظام التمويل الإسلامي أن يدخل الدورة الإنتاجية دون تحمل مخاطرها، في حين أن دخول هذه الدورة على أساس الأجر الثابت الذي لا مخاطرة فيه يمكن لرأس المال العيني - أي الأصول الثابتة - (٢).
ولذلك يستحق رأس المال النقدي الربح، ويمنع العيني أن يكون رأس مال، وكأن مناط تشريع الربح هو مدى قابلية المال للمخاطرة .

ونخلص مما سبق إلى أن النماء الحاصل هنا ليس من عين المال - لأنه ثابت نسبياً - بل هو استفادة من الأصل ودفع بدل الاستفادة، أما في المضاربة فالربح تولد من المال بعد العمل فيه، وفي المساقاة إنما تولد الربح من الثمرة بعد رعايتها، والأرض بعد تغليبها وزرعها، أما في الدابة فالربح لم يتولد من عينها بل من العمل، وهذا لا بد فيه من أجره محددة لاجهولة -الربح بالحصة الشائعة- . فهناك خلط بين الإجارة والمضاربة؛ أما في الأولى فهناك ثبات في الأصل غالباً مع ما قد يحصل من هلاك جزئي، وللاجير أجره محددة، وأما في المضاربة فهناك زيادة ونقص في الأصل فاستحق الربح - بمعنى آخر أن المخاطرة القليلة في الأصل الثابت يستحق العامل عليها أجره محددة، وأما ما كانت المخاطرة فيه أكبر استحق العامل فيه نسبة شائعة من الربح .

ثانياً: تطبيقات الضابط العملية :

(أ) وبناء على ما سبق من الأقوال قرر الجمهور عدم صحة دفع أحدهما سيارة نقل لآخر ليعمل عليها، وما يرزق الله بينهما على النصف أو أثلاثاً، وأن الربح كله يؤول إلى صاحب السيارة؛ لأن المال له وللعامل أجره مثله، وأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون مضاربة فتقبل على قول (٣).

(ب) إن الناظر في نماذج التمويل الإسلامي اليوم يجد تبنيًا قويا لقول الحنابلة بالجواز، ويمكن استثمار الضابط بالقول بأن الشراكة يمكن أن تتحقق بين رأسي مال أحدهما ثابت - العين -

(١) قحف، منذر (١٩٩٣)، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، العددان ٦٧ - ٦٨ ، ص ١١٢ .

(٢) قحف، منذر (١٩٩٣)، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، العددان ٦٧ - ٦٨ ، ص

ص

. ١١٤

(٣) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/٥٣ . والحقيقة أن الحنابلة في القول الأول لا يقولون بأنها من المضاربة ، بل يقربونها إلى المزارعة والمساقاة كما ذكرت.

،والآخر عامل - تشغيلي - ، وأن يتولى تدوير العين صاحب رأس المال التشغيلي وذلك بما تحتاجه السيارة في المثال من وقود وصيانة وقطع غيار- مع تحديده بمبلغ مقطوع سلفاً-، وقد يتسع النطاق والمجال للتطوير بناء على هذا الأصل ربح؛ كأن تدفع مبان سكنية مفروشة لمن يتابع تأجيرها وتشغيلها بما تصلح له من سكن أو أعمال بأن يجتمع رأس المال الثابت -المبان السكنية-، والتشغيلي - كالفروش وخدمات التدوير - على أن يكون الربح شركة بينهم، ويوزع الربح على مجموع رأس المال - الثابت والتشغيلي-، وعلى العمل بأن توضع النسبة مثلاً أثلاثاً. والمتأمل يلحظ أن الضابط وإن بدا أنه يتناول رأس المال؛ إلا أنه في الواقع يربط الربح بالعمل، ويؤكد أن سبب استحقاق الربح هو العمل في مال قابل للتقليب .

(ج) المشاركة بالإنتاج: هناك مشروعات يسهل فيها توزيع الإنتاج بين مالك المشروع والممول - الشريك-، إما لأن لدى الممول خبرة بتوزيع ذلك المنتج، وعنده شبكة توزيع ممتدة في السوق، مثال ذلك كثير من الصناعات المحلية التي تستعمل الأسماء التجارية والخبرة الفنية للشركة الأم، أو بعض مشروعات البنية الأساسية التي تقدم الخدمات بأجور محددة تشكل دخلاً إجمالياً مباشراً، هذا الدخل يعتبر بمثابة الإنتاج لها مثل الجسور والطرق والمطارات التي يكون استعمالها مقابل رسوم معينة وهو النموذج البديل لعمليات الخصخصة (١) .

وميزة المشاركة بالإنتاج أنها مرغوب بها من قبل الممول؛ لأنها تخفف من أعباء الرقابة الإدارية والمالية، وتقلل احتمالات إساءة الأمانة من جانب إدارة المشروع، لأن البيانات التي يحتاج إليها الممول - الشريك - للتحقق منها هي فقط تلك المتعلقة بحجم الإنتاج، وهذا أمر سهل في كثير من الصناعات، ولا علاقة للممول - الشريك- في المشاركة بجميع نفقات الإنتاج والصيانة وغيرها(٢).

(د) ومن تطبيق حكم الضابط ما تبنته بعض المصارف الإسلامية -كشركة- حيث عملت على إقامة مستشفى أو ورشة عمل - حدادة ونجارة- وعهدت بما أقامته إلى مهنيين وصناع كلاً بما يلائمه(٣).

(١) قحف، منذر، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، ١٩٩٣، العددان ٦٧ - ٦٨، ص ١١٧ .

(٢) قحف، منذر، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، ١٩٩٣، العددان ٦٧ / ٦٨، ص ١١٧ .

(٣) دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مركز الاقتصاد الإسلامي، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، إدارة البحوث، ص

هـ) ومن ذلك أيضا شراء المصرف لمبردات وتسجيلها باسم البنك، ثم يوكل بتشغيلها إلى شخص آخر خلال مدة معينة، على أن يقدم كشفا شهريا بالإيرادات، ويقوم العميل بالتأمين عليها تأميناً شاملاً^(١). فالصورة هنا هي قيام المصرف باستيراد أصول ثابتة أو مستلزمات إنتاج لمشروعات تحت التأسيس أو التوسع في مشروعات قائمة، ويتفق الطرفان على أسلوب المشاركة الدائمة في عملية الإنتاج^(٢).

وبتأمل هذه الصور العملية التي ذكرت كتطبيقات على الضابط؛ نلاحظ خطأ بالمفاهيم يستدعي التنبيه؛ أما في المثالين الأخيرين فالصورة أقرب إلى الإجارة المنتهية بالتملك منها إلى نظام الشركات، لأن العين إن كانت تؤول ملكيتها للعامل بعد تسديد المبلغ المتفق عليه، فلا شركة في ذلك- وإن اعتبرناها شكلاً من أشكال المشاركة الخاصة^(٣)، والتصحيح الذي أقترحه بأن يساهم العميل طالب التمويل بنظام المشاركة - كمجموعة أطباء مثلاً ترغب في تأسيس مركز طبي - بثالث المبلغ المطلوب للتمويل، ثم يقوم البنك بتوفير كامل المتطلبات على أن يقوم الأطباء باحتساب عملهم، ويكون الربح بينهم وبين البنك أثلاثاً .

وقد نتوسع في دائرة المشاركة من خلال تحصيل البنك لرأس المال اللازم للعملية من خلال طرح صكوك عقود تتلاءم والمشروع، كصكوك مشاركة أو مقارضة. وكأنك تلمح انسجاماً بين من قال بصحة المشاركة بالعروض، ومن أقر الشركة بين رأس المال القابل للنماء بالعمل عليه.

إلا أن قيدياً أرى ضرورة إثباته على هذا النمط من المشاركة؛ وهو أن العمل لا يكفي لإثبات الشراكة في هذا النوع ما لم يضاف إليه رأس المال التشغيلي .

الفرع الثاني: الضوابط الفقهية في ما يجب مراعاته في رأس المال الذي تصح به المشاركة: لما وقع الاختلاف في ما تصح به الشركة من الأموال؛ فإن ذلك انعكس أثره بصورة أكبر في الشروط الواجب مراعاتها في رأس المال عند كل مذهب.

وربما كان السبب - في ما ظهر لي - اختلاف نظرة الفقهاء في كل مذهب لمبنى الشركة وما تتركب منه، وأضرب مثلاً على ذلك مع ترك التفاصيل في مكانه؛ ما استقر عند الحنفية من أن

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق، ص ٦٤ . ومن الأمثلة التي أباحت دائرة البحوث تمويلها بالمشاركة؛ مشاركة المصرف بتمويل مسلسلات إسلامية هادفة وذات طرح إيجابي للإذاعة والتلفزيون - شركات أموال - ، وأن توزع أرباح التسويق بحسب الحصص، انظر ص ٦٨ .

(٣) دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مركز الاقتصاد الإسلامي، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، إدارة البحوث، ص

شركة العنان مبناهما على الوكالة والأمانة، وتزيد باشتراط الكفالة في المفاوضات^(١)، فإنك ترى أثر ذلك في عدم اشتراطهم الخلط في المال مثلا .

وعند الملكية لما كانت الشركة مركبة من البيع والوكالة^(٢)، فإنك تراهم يلزمون الشركاء بمراقبة الشروط الشرعية لرأس المال النقدي أو المكيل والموزون من المطعوم سدا لذريعة الربا.

وعلى هذا الأساس أعرض الضوابط الفقهية الخاصة في باب شروط رأس المال كما يراها كل مذهب وما تفرع عن ذلك.

الضابط الأول :

[الشركة في النقد يلزمها الاتفاق في الصرف، والوزن، والجودة والرداءة]^(٣)

والضابط خاص بأصول الملكية، فهم وإن توسعوا في ما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة^(٤)، إلا أنهم ثبتوا على أصولهم الخاصة في النقدين لما استقر عندهم من أن الشركة اجتمع فيها البيع والوكالة^(٥)، وفي بيع النقد بالنقد لا بد من تحقق شروط الصرف من الحلول والتقابض بعد المساواة إن اتحد الجنس، وإلا فالالاكتفاء بالتقابض والحلول، عند من أجاز الشركة مع الاختلاف؛ حيث منع بعض الملكية الشركة بين دراهم من أحدهما ودنانير من الآخر لاجتماع الصرف والشركة^(٦).

والمعتبر في اتحاد صرفهما إنما هو وقت التعاقد، أما لو اختلفا بعد ذلك فلا ضير^(٧) . فلو اشتركا بدنانير هاشمية وأخرى وزنها دمشقية وصرفهما مختلف تمتنع إلا في الاختلاف اليسير، لأن التساوي في المقدار والقيم شرط^(٨)، ولا يُقال بأن يجعل لصاحب الأكثر قيمة بقدرها ربحا؛ لأنه من التقويم في النقد، وهو لا يقوم لأن معياره الشرعي هو الوزن^(٩).

(١) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٨٥ - الغنيمي، اللباب، ٢/ ٧١ .

(٢) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ٢/ ٤٣٣ - الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٨ .

(٣) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٨ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٠ .

(٤) انظر تفصيل ما أجازوه: ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٧٥، ٢٧٦ . وقيل أن سحنون من الملكية كان أكثر من قال بتصحيح الشركة بكل أصناف الأموال، وربما كان ذلك لأن سحنون من الملكية لم يراع البيع والشركة أصلا إذا كان البيع داخلا فيها.

انظر: القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤٤ - إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٥٧ .

(٥) عليش، تقريرات محمد عليش بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٤٩ .

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤٥ .

(٧) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٣٩ .

(٨) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤٥ - الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٨، وجاء فيه: لا كيزيدية ومحمدية مختلفي الصرف، وعليه لا تصح اليوم الشركة بين ليرة إنجليزية وأخرى عثمانية وإن تساوتا عددا .

(٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٤٩ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٠ .

أما المانع من عقدها عند الاختلاف في الصرف؛ هو دخولها على إلغاء الزائد، وذلك مفسد لما فيه من الدخول في الشركة على التفاوت، والأصل عند المالكية نفي التفاوت بين الشريكين في المال والعمل والربح^(١).

وعند اختلافهما في الوزن فإن المانع منه سد ذريعة الربا من بيع النقد بمثله متفاضلا، وأما في إهمالهما لشرط الجودة والرداءة فلأن فيه دخولا على التفاوت إن هم عملوا على الوزن لا القيمة، وأما إن دخلا على القيمة فقد صرفا النقد إلى غير معياره الشرعي وهو ممنوع^(٢).
وعليه لا تصح الشركة بين تبر ومسكوك، ولو ساوت جودة التبر سكة المسكوك في قول عندهم لما فيه من الدخول على القيمة^(٣)، وقيل إن عدم الصحة مشروط بأن يكثر فضل السكة^(٤).
وأختم هذا الضابط بفائدة :

(إن الضرب أو السكة إنما يفيد شيئين زائدين على مجرد الثمنية: أولهما تحديد مقدار المعدن في النقد بصفة موثوقة تبعا لجهة الإصدار، وثانيهما: تعيين النقدين المسكوكين للتعامل في المبادلات وتقييم الأشياء المالية من أعيان ومنافع، الأمر الذي يؤكد عدم صلاحية اعتبار الأموال غير النقدية من العروض القيمية، أو المثلية، أو العقارات، أو الحيوانات، ولا يجوز اعتبار شيء من ذلك رأس مال للشركة أو القراض سواء كان المعبر فيها عينها أو كان قيمتها، وكذلك لا يجوز اعتبار أحد النقدين على غير صورته النقدية المضروبة رأس مال كالتبر ونقار الفضة والسبائك والمضروب غير المتعامل به)^(٥).
والضابط وإن كان مالكا إلا أنه يصدق على شركة الأموال مفاوضة عند الحنفية؛ حتى أنه إذا اعترض بعد العقد وقبل حصول المقصود به - من الشراء - ما يمنع ابتداء العقد؛ من التفاوت في ملك المال، أو التفاوت في الصرف فلا تصح المفاوضة^(٦).

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٦٥ - عيش، تقريرات محمد عيش بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٤٩. وهناك قول عند المالكية - نسب إلى أشهب وسحنون - بأن الصرف إنما يمنع إذا كان خارجا عن ذاتها، حتى لا يجتمع الصرف والشركة، أما إن جرى في أحكامها فلا مانع بناء على هذا القول، وكان ضابط ذلك: [إن العقود المنضمة للشركة إنما يمنع من صحتها إن كانت تلك العقود خارجة عن الشركة، حتى إذا لم تخرج عنها لم تكن مانعة لها] انظر: عيش، هامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥١ - التسولي، البيهجة، ٢/ ٣٤٩

(٢) عيش، تقريرات محمد عيش بهامش الدسوقي، ٣/ ٣٤٩. والفرق بين الصرف والقيمة هو: إن الصرف ما جرى بين الناس تعاملهم به، أما القيمة فهو ما يقومها به أهل الخبرة والمعرفة. انظر العدوي، بهامش الخرشي، ٦/ ٤٠.

(٣) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٨.

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٠.

(٥) المجاجي، محمد، أحكام الشركات في الفقه المالكي، ص ١٧٧.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٩٣.

الضابط الثاني :

جاءت أحكام الضابط بألفاظ متعددة عند فقهاء المذاهب الأربعة، أذكر منها :

١- عند الحنفية: [ما لا يصح رأس مال في الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه، كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه]^(١).

- وجاء عندهم قول في المثلي: [كل ما لم يكن ثمنا للأشياء لم تنعقد الشركة عليه إلا بالخلط]^(٢).

٢- وعند المالكية: [الخلط شرط في الضمان]^(٣)، وجاء الضابط بصيغة أخرى: [الخلط شرط في الانعقاد في التوى لا في النماء]^(٤).

-وفصل عندهم أكثر: [اشتراط الخلط في الضمان إنما هو بالنسبة لما فيه حق توفية، وأما غيره فلا يشترط فيه الخلط] بل متى انعقدت الشركة ولزمت كان ضمان المالكين منهما^(٥).

٣- وعند الشافعية: [الإشاعة تقوم مقام الخلط]^(٦).

-وجاء عندهم كذلك: [الخلط شرط عند انفراد المالكين، أما لو كان مشاعا فيكفي لحصول المقصود عدم التمييز]^(٧).

٤- وعند الحنابلة: [الخلط في الشركة يحصل بالنعقد]^(٨).

وسأبحث هذه الضوابط من خلال النقاط التالية:

أولاً: المقصود بالخلط، وآراء الفقهاء في اشتراطه في عقد الشركة :

ويظهر معنى الخلط من خلال أثره في منع التمييز بين الشركاء في عقد رأى بعض الفقهاء أن قوامه الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال أحد الشركاء عن مال الآخر، وفي ذلك توطئة للتصرف بالجميع.

والضوابط الفقهية تعكس خلافاً فقهيًا في واحد من لوازم الشركة برأس المال بعد استقرار انعقاده بشروطه.

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٧١ - السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٥ .

(٢) بتصرف عن: السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٩ .

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٠ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤١ - القرافي، النخيرة، ٨/ ٤٧ .

(٤) التوى هو: بطلان الشيء، ويقصد به هنا هلاك المال، انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ١/ ٣٥٧ .

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٠ .

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٧ .

(٧) الحسيني الحصري، كفاية الأختار، ص ٢٧٠ .

(٨) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٤ .

فالحنفية- ما عدا زفر-^(١)، والحنابلة^(٢)، يقررون أن انعقاد الشركة هو مناط الاشتراك في الربح المتحقق من العمل بالمال، فالعقد هو سبب تقاسم الربح، وقالوا بصحة الاشتراك في العقود وإن لم تختلط الأعيان كما تصح القسمة بالمحاسبة وإن لم تتميز الأعيان^(٣)، واكتفوا بتحقيق الخلط المقصود في المُشْتَرَى؛ بمعنى أن يقع مشتركا بينهما بلا تمايز لأحدهما^(٤). حتى إذا تلف المال قبل الخلط فهو من ضمانهما على الصحيح عند الحنابلة؛ لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد فكذا في الضمان^(٥).

وعند الحنفية لما كان سبب الاشتراك في الربح هو العقد لا المال، وكل ما يُستند إليه فهو الأصل، فالربح في واقع الأمر إنما يحصل بتدوير المال والتصرف فيه، وصحة التصرف منوطة بوجود الإذن ودليله العقد؛ لأن كل واحد من الشركاء يتصرف في الكل، فكان العقد علة العلة، وجاز أن يضاف الحكم إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة، وإذا كان الأصل موجودا فإن الحكم يثبت في الفرع وهو الربح وإن لم يحصل خلط في المالين^(٦)، والقاعدة الشرعية تنص على أنه: **[يكفي في تحقق الشيء تحقق سببه]**

والضابط الخاص عندهم **[إن ما يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه]**^(٧).

وأكدوا هذا الضابط بمفهومه المخالف ناصا: **[وما لا يصلح رأس مال لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه]** لأن المعنى المانع موجود في الحالين؛ وهو تعيينه بالتعيين وربح ما لم يضمن^(٨)، ولأن كل شرط تتوقف عليه صحة الوكالة- وهو مبنى الشركة- معتبر وما لا فلا^(٩). وعليه قرر جمهور الحنفية صحة الشركة بدراهم من أحدهما ودنانير من الآخر، حتى إذا اشترى بالدنانير ما اتفق على التجارة به وهلك المال الآخر فإنه يهلك على صاحبه - لأن النقود تتعين في الشركة- والمُشْتَرَى بينهما بحسب الاتفاق، ويرجع رب الدنانير على صاحبه بما لزمه من

(١) المرغيناني، الهداية، ١٧٨ / ٦ - الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣ / ٣١٨ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٩ / ٦ .

(٢) ابن قدامة، المقنع، ٢ / ١٦٥ - المرادوي، الإنصاف، ٥ / ٣٠٥ - الكرمي، غاية المنتهى، ٢ / ١٦٦ .

(٣) ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، ص ١٤٦ .

(٤) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١ / ٣٤٠ - الكرمي، غاية المنتهى، ٢ / ١٦٦ .

(٥) المرادوي، الإنصاف، ٥ / ٣٠٥ - ابن قدامة، المقنع، ٢ / ١٦٥، وقيل هو من ضمان صاحبه كما هو عند الحنفية.

(٦) البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٨١ .

(٧) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣ / ٣١٧ - ابن الهمام، فتح القدير، ٦ / ١٧١ - السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٥ .

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٩ / ٦ .

(٩) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧٤ .

رأس المال^(١)، إلا إن اتبعا الحيلة ليكون من ضمانهما؛ وذلك بأن يتصارفا الدراهم والدنانير بشروطها ثم يشتركان^(٢).

والخلاف الحاصل هنا هو في توصيف هذه المشاركة هل هي من شركة العقد أم أنها من شركة الملك، مع اختلاف الحقوق في كل منهما؟

فعند محمد الشركة في المُشترى شركة عقد، حتى إذا باع أحدهما المتاع نفذ بيعه في الكل، والمُشترى بينهما بحسب ما اتفقا عليه من حصة الربح^(٣).

أما عند الحسن فهي شركة ملك ولا ينفذ بيع أحدهما إلا في حصته، لأن الشركة انتهت بهلاك الدنانير، ولم يبق إلا حكم الشراء وهو الملك، والربح بينهما بحسب نسبة ملكهما^(٤).

والحقيقة أن الهلاك إنما حصل بعد العقد بل وبعد تحقق المقصود منها بالشراء، وبذلك تستقر الشركة شركة عقد كما لو حصل الهلاك بعد الشراء بالمالين.

وكذلك الأمر في شركة المفاوضة، وهي التي يشترط لصحتها المساواة بين المالين ابتداء وانتهاء، والصورة هنا في ما لو تمت المشاركة برأس مال مختلف الجنس - عند من قال بجواز ذلك-، وتحققت المساواة يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فإن الشركة تفسد وتقلب عنانا، أما لو ازدادت القيمة بعد الشراء بالمالين أو بأحدهما؛ فالشركة على حالها استحساناً؛ لأن الشركة انتقلت إلى المُشترى، وإنما تغير سعر رأس المال بعد تحقق الشركة فيه^(٥).

أمر آخر قرره الحنفية بناء على شرط الخلط؛ وهو ما نص عليه المفهوم المخالف للضابط من عدم تأثير الخلط على إباحة المال شركة طالما أنه في أصله لا تصح المشاركة به وإن كان قابلاً للخلط عند أبي يوس؛ لأن المانع من جعل المكيل والموزون والعددي المتقارب رأس مال في الشركة هو أنها من العروض المحضة والتي تتعين بالتعيين، وأن بيعها يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وهذا المعنى موجود بعينه بعد الخلط بل يزداد تقررًا لأن المخلوط لا يكون إلا متعيناً،

(١) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٨.

(٢) الشيباني، محمد، المخارج في الحيل، ص ٥٧. وكلمة أثبتها هنا؛ إن الحيل واللجوء إليها إن كانت لمنع تعارض ظاهري مع أصل شرعي، وكانت المعاملة تحقق الغاية البعيدة للأحكام الشرعية في بابها؛ فإني لا أراه تحيلاً بل هو انسجام وأصل قامت عليه الشريعة من رفع الحرج، ما لم تكن الحيلة مركبة من حيل، وتخرج بنا من التوسعة إلى الالتفاف.

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٨.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٨.

(٥) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٥٦.

فيقرر المعنى المفسد- من أنها عرض محض- فكيف يكون مصححا للعقد^(١)؟ وعليه إن حصل الخلط فالملخوط بينهم شركة ملك^(٢)، والربح فيها بقدر الملك.

في حين رأى محمد أن هذا المعنى المفسد- ربح ما لم يضمن - موجود قبل الخلط، حتى إذا حصل الخلط وتم العقد صحت الشركة، وما ذاك إلا لطبيعة المعقود عليه من المكيل والموزون والذي هو عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين، ثمن من وجه آخر حتى يجوز البيع به دينا في الذمة^(٣).

وكان الخلط أثبت حالة مسموحة ونفى أخرى ممنوعة، أي أنه شد عود الشركة الذي ضعف باعتبار الشبهين^(٤)، ولذلك كان مطلوبا معمولا به هنا، ويثبت للشركاء بذلك حقوق الشركاء في شركة العقد، ومنها الاختلاف في المشروط ربحا^(٥)، والقاعدة في ذلك هي: [إن ما تردد بين الأصليين يوفر حظه عليهما]^(٦)؛ بمعنى أن يأخذ من كل منهما ولكن بشروط؛ وهي هنا بحصول الخلط.

والكلام في ما مضى إنما هو في خلط متحد الجنس، وتعليله جاء في الضابط:

[ما كان من جنس واحد فهو من نوات الأمثال، وما كان من جنسين فهو من نوات القيم]^(٧).

ونخلص من ذلك إلى:

- صحة الشركة بدون الخلط في الأثمان.

- وإلى لزوم الخلط في المكيل والموزون والعددي المتقارب^(٨).

وأن منع الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط هو عند الجميع؛ وذلك لتعينها بالتعيين فأشبهت العروض، وتحقق فيها محذور ربح ما لم يضمن، مع تعذر تنفيذ مقتضى الوكالة التي هي من لوازم الشركة، فلا يصح أن يقول أحد الشركاء للآخر: بع حنطتك على أن يكون ربحها بيننا^(٩). أما عند المالكية فقد اختلفت الكلمة في المذهب بين قائل باشتراط الخلط كشرط للزوم العقد، ووسم هذا القول بالضعيف^(١)، وبين قائل بأن العبرة بحصول الشركة بالعقد، وأن الخلط بأحد

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٧١ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٠.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/ ٣١٧.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٧١.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٥.

(٥) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٧١ - الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/ ٣١٧.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٥.

(٧) ابن الهمام، فتح القدير، ٦/ ١٧٢.

(٨) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٧١.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٠.

نوعيه - الحسي أو الحكمي - إنما هو شرط في الضمان، فإن لم يحصل الخلط وتلف المال فضمانه من صاحبه، وما اشترى بغير التالف بينهما على الشرط الذي دخلا عليه - كأثر للزوم العقد - بعد أن يؤدي من تلف ماله ثمن حصته (٢).

ويمكن تلخيص قول المالكية بالضابط التالي: [الحاصل أن الشراء تارة يكون بعد التلف، وتارة قبل التلف، وفي كل إما أن يكون التالف فيه حق توفية أو لا، فإن كان فيه حق توفية فضمانه من ربه مطلقاً، وإلا فضمانه منهما مطلقاً] سواء كان التلف قبل الشراء أو بعده، وذلك إن لم يحصل خلط وإلا كان بينهما (٣).

فالخلط عند المالكية ليس شرطاً للصحة، ولا شرطاً للانعقاد لقول ابن القاسم (٤) أنها تتعقد بالقول فيلزم البيع (٥).

فالمالكية وإن لم يشترطوا الخلط في الراجح من الأقوال عندهم، إلا أنهم نظروا إلى عقد الشركة فرأوه يتركب من أمرين: البيع الضمني في الأموال المشارك بها، ثم الوكالة بالتصرف في ما يملكه ذلك الشريك على الشيوخ في هذه الشركة، فما أن تعقد الشركة حتى يتولد كأثر لها شركة ملك بين المتشاركين، ثم تكون الأموال بعد ذلك محلاً لتنفيذ الوكالة (٦).

لذلك تراهم تسامحوا فجوزوا الشركة بكل ما يتوافق وشرط المبايعة والتوكيل في التصرف، وهم يقررون الأصل التالي: [إن اشتركا والقصد بيع بعض أحدهما ببعض الآخر، ولا يتحريان الأثمان إذا بيعا فجازة، وإن كان فيهما تعاين من فضل أحدهما على الآخر أو القصد تحري أثمانها جازت على أن لكل واحد قيمة سلعته] (٧).

(١) العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ٦/٤١ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٥٠.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٥٠. وضابط الخلط الحكمي عندهم: [أن يكون المال في حوز واحد ولو عند أحدهما] بأن يوضع المال في صرتين مثلاً، وأن تكون الصرتان في حوز واحد فهو الحكمي. انظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفه،

٢/٤٣٥ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٥٠ - العدوي على الخرشي، ٦/٤١.

(٣) العدوي، بهامش الخرشي، ٦/٤١.

(٤) هو أبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم الحافظ، الحجة، الفقيه، صلب مالك عشرين سنة، ولم يرو أحد عن مالك الموطأ أثبت منه، توفي بمصر في (٥١٩١). انظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، ص ٥٨.

(٥) التسولي، البهجة، ٢/٣٥١.

(٦) القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، ط ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٨، ٣/٤٤ - المجاجي، محمد، أحكام الشركات في

الفقه المالكي، ص ٦١، ٦٠.

(٧) القرافي، الذخيرة، ٨/٤٢.

وأما الشافعية^(١) فقد حملوا لواء شرط الخلط، وسار معهم في الركب زفر من الحنفية^(٢) - وهو الذي رفض شركة الأعمال في رواية حيث لا مال ولا خلطة^(٣)، وسحنون من المالكية^(٤)، فلو كانت الأموال مختلفة كأجنبية ومحلية لم تصح الشركة لاختلاف جهة الإصدار، وعدم اتحاد القيمة، واحتمال أن يدخل عنصر الغرر في الاستبدال والصرف^(٥).

إلا أن الشافعية مع ذلك يخففون من وطأة هذا الشرط عندما يقررون جواز الاشتراك بين نقدين مختلفين أحدهما دراهم والآخر دناتير، وذلك بأن يشتركا في المشتري، وطريقه أن يُقوّم ما ليس من نقد البلد منهما بما هو من نقده، فإن استوت قيمتهما فالشركة على التساوي وإلا فعلى الاختلاف^(٦)، أما المالكية الذين ساروا على مبدأ قيام الشركة على المبيعة فأرأوا في اختلاف النقدين مصارفة ممنوعة مع الشركة، ومنهم من أجازها إن تناجزا بالمجلس لأنها مصارفة غير منفكة عن عقد الشركة فلا اجتماع لمختلفين، بل هي مندرجة في حيثيات الشركة ولا مانع منها^(٧).

وعلى القول بالمنع: فإذا اشترى بالمالين صفقة واحدة كانت بينهما على قدر ما أخرجاه يوم الشراء لا يوم المفاصلة^(٨)، وهي الحيلة التي اتبعتها الشافعية مع أن المناط عند كل مذهب مختلف عن الآخر؛ أما المالكية فللمنع من الصرف، وأما الشافعية فلعدم الخلط .

وكان سبب الاختلاف هو في نظر كل فريق منهم إلى مورد العقد - المحل - ؛ هل هو المال فيضاف العقد إليه ويشترط تعيين رأس المال، أم هو عقد الشركة بشروطه^(٩)؟

ونخلص من هذا الاختلاف في اشتراط الخلط، إلى أن الخلط وإن كان نقطة تحول في حكم الشركة، فاعتباره شرطاً أراه أمراً معقولاً وذلك بالنظر إلى أثره، إلا أنه ليس شرطاً لتحقيق الحكم - بالشركة - لأن الحكم في حقيقته مرتبط بالعقد .

(١) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٧ .

(٢) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٨١ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٩ ، وقيل هو شرطه في المفاوضة فقط، وصحح على أنه شرط في العنان كذلك.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٧ .

(٤) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤٤، ٤٥ .

(٥) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/ ٣٢ .

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٩ .

(٧) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥١.

(٨) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٢٨ .

(٩) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٨١ - المرادوي، الإحصاف، ٥/ ٣٠٥ .

فالخلط عند الشافعية هو وسيلة لتحقيق الانسجام التام أو عدم التمايز بين الشركاء، إذ الأصل أن تقع الشركة بينهما ملك ثم يتم العقد.

ويظهر أن وجه من قال بعدم الخلط هو الاستفادة من تميز الأملاك بالاشتراك لتحصيل الربح عند من قرر أن المقصود من الشركة هو العمل لتحصيل الربح، وهذا الأمر يتحقق بغير الخلط، وإن كان في اشتراط الخلط تحقيق أقصى ما يمكن من العدالة في التوزيع وذلك من خلال التساوي التام بين الشركاء في رأس المال والمسوغ لاستحقاق الربح بعد ذلك.

ثم قد يظهر للمتأمل أن تضادا قد وقع بين الضوابط، والحق أنه من باب العموم والخصوص؛ فمثلا كان القول بعدم الخلط اكتفاء بالعقد حيث كانت أموال الشركة تتعين بالتعيين، وأما ما كان فيه حق توفية فلا بد له من الخلط لأن به يحصل التعيين، وبذلك تتكامل الضوابط .

ثانيا: الآثار العملية لاشتراط الخلط، وتطبيقاته المعاصرة :

(أ) وترتب على اشتراط الخلط من عدمه؛ الاختلاف في شرط حضور المال عند العقد، أما من قال بوجوب الخلط -كالشافعية- فكان شرط حضوره بدهيا، وأما من لم يشترط الخلط كأصل للشركة فإنك تراهم لا يشترطون تسليم المال عند العقد اكتفاء بوجوده عند الشراء^(١).

(ب) ثم ذهب من لم يشترط الخلط إلى القول بجواز الشركة في مختلف الجنس؛ لأن موجب الشركة الوكالة، وهي تصح مع اختلاف التقدين^(٢)، والضابط هنا: [أن الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان جنس واحد]^(٣).

(ج) ومن التطبيقات العملية التي أراها تتسجم مع تقرير الخلط ما يحصل عمليا اليوم من فتح حساب خاص باسم الشركة توضع فيه أموال المساهمين عند الاكتتاب، وحقيقة لا يبدأ العمل بهذا المال إلا بعد انتهاء فترة الاكتتاب وبدأ نشاط الشركة الحقيقي، وكأن العقد وقع على مال قد خلط أولا كما قرر الشافعية.

(د) إن اشتراط الشافعية الخلط كان في الشركة لما كان على كل واحد من الشركاء أن يدفع حصته من المال، أما في المضاربة فالأمر مختلف في قول عندهم، حيث صححوا القراض على غير المرئي نظرا إلى العقد خاصة، وما غلب عليه من أنه توكيل بالشراء^(١) .

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣١٩، هذا وللحنابلة قول بعدم جواز الشركة بمال غائب ولا بدين؛ لأنه لا يمكن التصرف في الحال .

انظر: ابن قدامة، المعنى، ١٢/٥ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٤ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٨٩ . وجاء فيه أيضا: وعند زفر هما جنسان في حكم الشركة فكذلك في حكم الشراء بهما، وأما

جمهور المذهب فعلى أنها جنس واحد في حكم الشركة وفي حكم الشراء بهما نسيئة .

الضابط الثالث:

[يُصار إلى معرفة قيمة كل-الأموال- في أول أوقات الإمكان]^(٢)

والكلام مستمر هنا بتأثير شرط الخلط، لا عند من قال به ، ولكن عند من قال بجواز خلو الشركة منه - ووجدته أكثر ما يكون عند الحنفية -، فقد ظهر عندهم محذور التقويم في رأس المال، والوقت الذي تعتبر فيه القيمة، والضابط يعمل كذلك عند من قال بصحة الشركة بغير الأثمان المضروبة ، وهو يقف في مقابلة من كان ضابطه: [لا تجوز الشركة في ما يرجع في حال المفاصلة إلى القيمة لتغير القيم]^(٣)

ومعنى الضابط : إن معرفة القيمة في رأس المال - الذي تجاوز شرط الثمنية المطلقة والمتجانسة- تُعتبر في أول وقت كان له الأثر في تحديد وضبط رأس المال، وأهميته تكمن في تحديد ما ترتب عليه من تحصيل الربح وذلك عند الحنفية، أما عند المالكية فيتفاوت الغرض بحسب حال الشركة؛ أما في الصحيحة فلمعرفة مقدار العمل المطلوب منهما مع تحديد الربح أو الخسارة، وفي الفاسدة لترميم آثار الفساد الواقع بالشركة ما أمكن^(٤) .
ويمكن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق، والأمر منوط في ذلك إلى أهل الخبرة والمعرفة^(٥) .

والضابط التالي يقرر معيار اعتبار القيمة: [القيمة هل هي وصف قائم بالمتقوم، أم هي ما تنتهي إليه رغبات الراغبين؟] وجهان الأظهر الثاني^(٦) .

لكن المشكلة تظهر عندما لا يكون للمنتازع فيه من رأس المال مثل يباع فيه - كما في المخلوط بغير جنسه مثلاً - ، ونعجز عن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع؛ فنفرع إلى الضابط ويُصار إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما، وهو في المخلوط بجنسه عند الخلط، أما في غيره؛ فإذا عُلِمَ أن الخلط يزيد قيمة مال أحدهما ويُقصِص قيمة مال الآخر - كما في

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ٣/ ٣٩٩، ٤٠٠، ونسب هذا الرأي إلى السبكي. وقالوا في المضاربة إن الشرط أن يكون المال مسلماً إلى العامل بمعنى أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه، وليس المقصود تسليمه في المجلس عند العقد. الشريبي، مغني المحتاج، ٣/ ٤٠٠ .

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٧٤ .

(٣) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٧٢ . هذا ولقد لجأ الشافعية إلى القيمة في ما لا خلاص منه، وكان دافعهم في الواقع تحقيق العدل، والمثال لهم إذا خلط قفيزاً بمائة، بفقير بخمسين فالشركة بينهم أثلاثاً؛ لأن الربح والخسر بقدر المالكين باعتبار القيمة لا بالأجزاء. الرملي، نهاية المحتاج، ٥/ ١٢ .

(٤) توصلت إلى هذا المعنى من: الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٦٠ - التسولي، البهجة، ٢/ ٣٥٠ .

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٧٣ .

(٦) الزركشي، المنتور، ٣/ ٨١ .

خط القمح بالشعير ينقص قيمة الأول ويرفع من قيمة الثاني -، فإنه يتعذر قسمة الثمن على قيمة ملكيهما وقت الخلط، فنعتبر القيمة يوم القسمة، بخلاف ما إذا لم يخلط؛ لأن تقوّم ملك كل منهما وقت البيع ممكن، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع^(١). ويمكن توضيح الضابط أكثر من خلال الأمثلة التالية^(٢):

- إذا اتفقا على الخلط ورضيا به، وهو جنس واحد مكيل أو موزون، صار عينا مشتركة، فإذا باعاه انقسم على قدر ملك كل منهما .

- ولو كان المخلوط غير مثلي - كالثياب مثلا - فباعاها بثمن واحد، اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم البيع؛ لأن كلا منهما بائع لملكه، والثمن هو لمجموع ما دخل في العقد من العروض، فيقسم عليهما باعتبار القيمة .

وعند المالكية العبرة في الشركة بقيمة كل من المالكين يوم أحضر، لا يوم الفوات بالبيع^(٣)، أي قيمة العرض يوم الاشتراك - وكذا الحكم في الشركة بالطعامين إن لم يسبق ذلك خلط - حيث كانت الشركة صحيحة، فإن كانت فاسدة فرأس مال كل ما بيع به عرضه إن عرف، وإلا فقيمته يوم البيع^(٤). وإن كانا من جنسين مثليين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما مخلوطا - ومنه الطعام عند المالكية في الشركة الصحيحة، وإلا فقيمة الطعام يوم القبض في الفاسدة^(٥) -

ما لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لدخوله البيع بهذه الميزة، فإن كان كذلك فإنه يضرب بقيمته غير مخلوط يوم القسمة، لضمان تجرد المال عن ما تلبس به من حق الغير .

فالمالكية من حيث الجملة متفقون مع الحنفية؛ إلا ما صرحوا به من التمييز بين الشركة الصحيحة والفاسدة، وكان الحكم عندهم يمكن تلخيصه بالضابط التالي :

[متى وقعت الشركة فاسدة فرأس مال كل ما بيعت به سلعته لا ما قومت به، والربح يقسم على ذلك، والصحيحة رأس مالها ما قوما به يوم اشتركا دون ما بيع به لصحة العقد]^(٦) فصار كل واحد منهما بائعا نصف عرضه بنصف الآخر، وفي الفاسدة لم يبعه ما يوجب ضمانا^(٧).

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٧٤ .

(٢) المرجع السابق، ص ١٧٣ .

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٠ .

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق، ص ٤١ .

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤١ .

(٧) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤١ .

الضابط الرابع :

[عقد الشركة يقف تماما على الشراء]^(١)

والضابط يجيب عن التساؤل التالي: هل يشترط تسليم رأس المال عند العقد؟ والجواب هنا يختلف بين عقد الشركة وعقد المضاربة؛ أما في عقد الشركة فلا خلاف في أن حضور المال عند العقد هو الأصل؛ لأنه محل العقد الأول، وعليه قوام العمل^(٢).

ولكن هل يصح العقد مع غياب أحد المالكين أو كليهما؟ ثم ما هو مقدار الغيبة التي يتسامح فيها؟
أولاً: أقوال الفقهاء في شرط حضور المال عند العقد :

اختلف الفقهاء في اشتراط حضور المال عند العقد- وإن اتفقوا على أن حضوره هو الأولى- على قولين :

القول الأول: إن حضور المال في الشركة إما أن يكون عند العقد أو عند الشراء بالمال، وذلك عند الحنفية^(٣)، والمالكية في قول^(٤)، إلا أن المالكية علقوا جواز عدم حضور أحد المالكين عند العقد على شرطين: غيبة المال القريبة - وهي ما كانت تبعد مسيرة يومين أو أقل - وسواء كان المال الغائب مال أحدهما أو كليهما، وعلى أن لا يتاجر بالحاضر من المالكين إلا بعد حضور الغائب منعا من الغرر^(٥)، حتى إذا تبين أن ذكر الغائب كان خدعة كان لصاحب المال الحاضر ربح ماله^(٦).

وجه هذا القول: لما كان موجب شركة العقد عند الحنفية هو الوكالة؛ بمعنى أن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بالمال الذي عينه، فإن تسليم المال كما يكون عند العقد فهو مقبول عند الشراء حيث تمام العقد^(٧)، لأنها الغاية المقصودة منه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٩ .

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٦٨ - التسولي، البهجة، ٢/ ٣٥٧ - الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٧٣ حيث جاء في تعريف شركة العنان عندهم: أن يخرج كل واحد منهما مالا مثل مال صاحبه ويخطاه - ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٢ وقالوا بضرورة إحضار المال ولكن دون تحديد موعد ذلك.

(٣) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/ ٣٤٠ - السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٤، ١٦٣.

(٤) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٢٧ .

(٥) عليش، بهامش حاشية السوق، ٣/ ٣٥٠. وذهب المالكية أبعد من ذلك حيث أجاز مالك أن يشتري أحد الشركاء بماله الخاص له ولشريكه؛ بمعنى أن يشركه ويسلفه بقية المال طلبا للرفقة، على أن لا يسبق ذلك بعادة أو أن لا يشترط على الآخر أن يتولى البيع فيكون من السلف الذي جر نفعا، انظر: القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤٤ .

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٤٥ .

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٤ .

وليس المقصود من الضابط أن كل شركة مالية لا يتم عقدها إلا بالشراء؛ بدليل ما تقرر عند الحنفية من بطلان الشركة بهلاك المال قبل الشراء به، والبطلان صفة انتهاء الشركة المنعقدة، والتمام صفة ما ابتدأ به، بمعنى أن الشرط هنا يقرر استكمال إجراءات المشاركة^(١).

وعند المالكية لأن الأصل في العقود الصحة^(٢)، وليس هناك ما يمنع شرعا من الشركة بين مال حاضر وآخر غائب، إلا ما نقل عن بعضهم من المنع نظرا للأصل الذي قامت عليه الشركة من أن قوامها المبيعة^(٣).

القول الثاني: إن تسليم المال من المتشاركين أمر لا بد منه بل وبدهي؛ لأن التسليم إنما هو مقدمة لتحقيق الخلط والذي هو شرط صحة العقد، حتى إذا دفع أحد المتشاركين وغادر أو افترقا قبل أن يدفع الآخر فإن العقد لا يصح، وبه قال الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وجه هذا القول: لما كان الغرض من الشركة هو الربح بواسطة التصرف، ولا يمكن ذلك في مال غائب، بل إن في عدم تقديم المال ملامح عدم جدية المتشاركين، وهو ما أثبتته الواقع العملي، الأمر الذي يؤكد الحرص على سد الذريعة.

ثانيا: تطبيقات الضابط العملية:

- (أ) بناء على القول الأول صحح الحنفية أن يدفع رجل إلى آخر ألف دينار، ثم يقول للآخر: أخرج مثلها واشتر وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل، على أنه لا بد له من البيعة لإلزام الآخر إذا لم يصدقه لو حصلت الخسارة في المال^(٦).
- (ب) وفي شركة المفاوضة عند الحنفية لو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير، وزادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة وكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد^(٧).
- (ج) ويمكن استثمار حكم هذا الضابط بالسماح للشركاء بتنفيذ إلتزاماتهم بوسيلة الكترونية - بطاقة إئتمان-، من خلال تخصيص حساب استثمار خاص بالشركة، يُغذى كليا أو جزئيا من المتشاركين، أو على شكل دفعات مرتبطة بمراحل تنفيذ الأعمال المنوطة بالشركة.

(١) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٦٠.

(٢) العدوي، حاشية العدوي بهامش الخرشبي، ٤٢/٦.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٥٠/٣.

(٤) الماوردي، الحاوي، ٤٨٣/٦ - الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٤٥ - المطيعي، تكملة المجموع، ٦١/١٤.

(٥) اليهودي، كشف القناع، ٥٣٢/٣، ٥٣٣.

(٦) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٨/٦.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٩/٦.

الضابط الخامس:

[الثابت بالبيان كالثابت بالعيان]^(١)

والضابط وإن كان عاما؛ إلا أن مناطه قد تحقق عند الفقهاء من خلال الضوابط الفقهية الخاصة في كل مذهب، ونعرض منها :

- عند الحنفية: [المفسد للعقود من الجهالات ما يفضي إلى المنازعة]^(٢) .
 - وعند الشافعية: [لا يشترط العلم بالثمن قبل العقد إلا في التولية والإشراك، ولا يشترط كون الثمن مثليا إلا في التولية والإشراك]^(٣) .
 - وجاء الضابط عند الحنابلة: [كل عقد تمنع صحته الجهالة لم يجز على غير معين كالبيع]^(٤) .
- والضابط بأصله وتفصيله إنما هو محاولة لضبط المعقود عليه بالوسائل الممكنة شرعا، وهو يصدق على ما اشترطه بعض الفقهاء من ضرورة العلم بمقدار رأس المال قبل العمل في الشركة، وفائدته العامة منع الجهالة وقطع المنازعة، وهو أمر مطلوب عموما وفي الشركة بالأموال خصوصا؛ لأن من آثار هذا العقد تمكين الشركاء من التصرف بمجموع المال. نعم قد يقل الخطر إن كان عدد الشركاء محصورا باثنين مثلا، وكلاهما عامل فيه وكان الربح بينهما مناصفة، لأن الربح لن يتعداهما - على فرض أن المال قد حصل عليه جميعا دون أن يعلم بمقداره- ولما كان درء المضار أولى من جلب المنافع فإن الأمر أكد حيث لا منافع ! والضابط يؤكد على ضرورة العلم بمقدار رأس المال بأي وسيلة تقطع النزاع، وتمنع من الجهالة في المحل، وذلك إما بالتسمية للمقدار جنسا وكما، أو بالإشارة كقوله: شاركك بإحدى الصرتين هاتين - على فرض تساويهما- فيقول الآخر: قبلت . وفائدته معرفة الإذن بالتصرف في أي شيء سيكون^(٥)، وبأي شيء سيرجع عند المفاصلة^(٦)، وهو المعنى الذي قرره الضابط: [ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه]^(٧)، ومع المصلحة

(١) الباز، سليم، (١٣٠٧هـ) مجلة الأحكام العدلية، (ط٣)، المادة ٨٠١، ص ٤٤٤ . واستخدم الضابط في حق كل من كان المال بيده أمانة، إذا مات مجهلا- أي قبل البيان- ولم تعرف الأمانة بعينها، يكون ديننا عليه في تركته، لأنه صار مستهلكا لها .

(٢) الجلبي، حاشية الجلبي على الهداية، ٦/ ١٧٥ .

(٣) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي، ١/ ٢٩٢ . والمقصود بالإشراك: نقل بعض المبيع بنسبته من الثمن المذكور في العقد الأول بلفظ أشركك، أما التولية فهي أعم؛ لأن الإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والتولية نقل المبيع كله أو بعضه بالثمن الأول كله أو بعضه من غير زيادة. انظر: قره داغي، علي (١٩٨٥)، مبدأ الرضا في العقود، (ط١)، ١/ ٦٥٢ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٤ .

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٨ .

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٢ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٧٧ .

التي نص عليها الضابط من لزوم الضرر، يضاف لها أخرى بأن يصير الأجر - الربح - معلوما^(١).

ولأيقصد هنا ضرورة معاينة المال - أو المعقود عليه عموماً -، بل يكفي توضيحه بالوصف والبيان، وعليه يكفي لإجراء عقد المزارعة مثلاً وصف الأرض وصفا يبين العلم الأولي بها، أو أن توصف بورقة مخطط مع ذكر باقي لوازم العقد .

أولاً: أقوال الفقهاء في ضرورة العلم برأس المال :

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط العلم بمقدار رأس المال قبل العقد على قولين:

القول الأول: يشترط العلم بمقدار رأس المال قبل عقد الشركة، وبه قال: الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وجه هذا القول: إن الشركة كالتولية بجامع أنهما من عقود الأمانة والتي تقوم على معرفة الثمن الأول، وما يترتب على ذلك من تبعات أخرى في العقد.

القول الثاني: إن العلم بمقدار رأس المال وقت العقد ليس بشرط لجواز الشركة بالأموال، وبه قال الحنفية^(٤)، وهو مع ذلك شرط في المزارعة بمعرفة الأرض وما يزرع فيها، والمناطق فيهما مع اختلاف الحكم واحد؛ وهو أن الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، وجهالة رأس المال لا تفضي إلى المنازعة لأنه يعلم مقداره ظاهراً أو غالباً، ففي الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء مثلاً، وأما في المزارعة فلما كان الزرع ونتاجه يختلف باختلاف المزروع، وهو مما لا يمكن تداركه بعد العمل - كما تركنا أمر العلم بالمال إلى وقت الشراء - فقلنا باشتراطه عند العقد درءاً للمفسدة .

(١) المرغيناني، الهداية، ٩/ ٤٦٥ .

(٢) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٧٨ - قليوبي، حاشيتان القليوبي وعميرة، ٢/ ٣٣٥، واشترط العلم بقدر المال كاف دون اشتراط العلم بقدر النصيبين، بأن يعرفا بأن المال بينهما على نسبة ما - أي النسبة الجزئية - . قال: وماخذ الخلاف أنه إذا كان بين اثنين مال مشترك، كل منهما جاهل بقدر حصته منه، فأذن كل واحد منهما للآخر في التصرف في نصيبه منه؛ يصح الإذن في الأصح، ويكون الثمن بينهما مبهما كالمثمن - الربح - . والمقصود بالعلم هنا: أن يعلم قدر نصيب كل واحد من الشريكين من جملة المال من نصف أو ثلث أو ربع، ولا يلزم معرفة وزنه؛ ولو أن رجلين اشتركا ووضعوا في إحدى الكفتين دراهم، ووضع الآخر في الأخرى إزاءها واشتركا بها واتجرا من غير أن يعلما وزنها، صحت. الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٨٤ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ١٢/٥ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٣، ١٧٧، ١٧٨ .

يؤيد ذلك ما جاء من توجيه النهي عن قفيز الطحان، وأن النهي إنما انصب على طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز منها، لما قد يؤول إلى جهالة في رأس المال والربح وهذا محض فساد، أما إن علم قدر الصبرة، وعلم إجمالاً مقدار القفيز منها فلا بأس به؛ لأن الأمور بمآلاتها^(١).

ثانياً: تطبيقات الضابط العملية :

(أ) يمكن القول من خلال ماقرره الحنفية أن المانع الحقيقي من الشركة بالعروض ابتداءً أنها تؤول إلى ربح ما لم يضمن، وليس ما قيل من اعتمادها على التقويم، وطريقه الحزر والتخمين^(٢)، لأن الرضا بالتقويم ينفي الجهالة ويقطع النزاع .

(ب) ومن تطبيقات هذا الضابط: الشركة برأس مال غير محدد عند العقد، ويمكن في هذا النوع من المشاركة الاتفاق على طريقة احتساب مساهمة كل شريك بمجموع رأس مال الشركة، بحيث تعرف مساهمة كل شريك قبل إجراء الحسابات الختامية، ومعرفة مقدار الربح الصافي المستحق للتوزيع وذلك على أساس وحدة رأس المال ليوم واحد أو ما يعرف بطريقة الثمر^(٣).
ويخدم هذا النوع الأغراض التمويلية قصيرة الأجل والمتوسطة، فهي تفيد في تمويل رأس المال العامل.

(ج) قد يقع الجهل بمقدار رأس المال لظروف الحال في معاملة ابتداءً عقدها بالشروط الشرعية، ثم عرض ما يخرق شرطاً من شروط رأس المال، وضابط هذه الحالة:
[يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء]^(٤) .

وبصيغة أخرى : [اللاحق للعقود ليس كالأول فيها]^(٥) .

وذلك كما في حالة إقرار ورثة رب المال لعامل القراض على العمل بمال مورثهم مع جهالتهم بمقداره - كأصل وربح -، فمن نظر إلى واقع الحال قال إن القراض باطل؛ لأنه تعاقد جديد في مال مجهول، ومن علق النظر على أن المعاملة ابتدأت بشروط صحيحة قال بجواز القراض في هذه الحالة^(٦) .

(د) لا مكان لقول من قال بمنع المساهمة في الشركات تذرعا بأن المساهم لا يعلم بمقدار مساهمة كل واحد من الشركاء، وأن من أصل صحة المعاملة اشتراط معرفة الأنصبا، لأن العلم بمجمل

(١) السغدري، التنف، ٥٤٧/٢ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ٨ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٣ .

(٣) قحف، منذر (١٩٩٣)، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، العددان ٦٧-٦٨، ص ١١٧ .

(٤) الشنقيطي، أحمد، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٨٣، ص ٦٤ .

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٤ .

(٦) الماوردي، الحاوي، ٧/ ٣٣٠ .

المال ممكن من خلال رأس مال الشركة المكتتب به، ثم إن القانون يلزم الهيئة الإدارية بالإفصاح عنه .

أضف إلى ذلك أن المحذور من أن الشريك سيعمل في مال لا يعلم مقداره يمكن تجاوزه من خلال خصوصية هذه الشركة حيث تتولى الهيئة الإدارية تدوير الأموال في مجالات محددة سلفاً، ويبقى مجال عمل الشركة هو المنظور، (ولأنه من الممكن معرفته من بعد بمراجعة حساب أو وكيل)^(١).

هـ) ومن صور التجهيل عند الحنفية التبويض، وجاء الضابط في ذلك: [**التنصيب على التبويض**] **تنصيب على التجهيل**]^(٢) ، ومن أمثلته أن يقول للعامل في المزارعة: ازرع بعضها قمحا وبعضها شعيراً، فإن العقد يفسد لأنه في حقيقته تجهيل للربح وفي ذلك ضرر .

ثالثاً: من تفرعات الضابط الفقهية :

ويضطرنا البحث في شرط العلم برأس المال للسؤال عن حكم الشركة في المشاع؛ وصورتها: هبة أو شراء عين مشتركة والمشتري متعدد، دون أن يتم فرز نصيب كل واحد منهم^(٣)، وهي غالباً ما تقع بين مجموعة من الورثة^(٤).

ومن الشركة في المشاع في عقد المضاربة: أن يموت رب المال ويقرر ورثته البقاء على القراض والمال ناض، فيكون رأس المال والربح من جهة، وحصة العامل من الربح من جهة أخرى شركة على الشيوع. وهي إشاعة لا تُمنع لأن الشريك هو العامل وهو ممكن من التصرف، وكذلك الحال إن كان المال عرضاً في قول عند الحنابلة؛ لأنه في حقيقته إتمام للقراض لا ابتداء له، وأن ما حصل هو مجرد إحلال للورثة محل رب المال^(٥) .

ويقودنا هذا الأمر إلى القول بالتنضيف الحكمي كعلاج للمسألة، كما قيل به في مواضع عدة لمعرفة الربح في معاملات يتفاوت الابتداء فيها والانتها، ويقصد بالتنضيف الحكمي (تقدير القيمة النقدية المتوقعة للعروض والأعيان والمنافع في نهاية الحول أو عند التصفية لتكون أساساً

(١) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٢٧ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٧٨ .

(٣) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٢٦ - الحسيني الحصري، كفاية الأخيار، ص ٢٧٠ .

(٤) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٨٤، ويقرر الماوردي هنا أن اشتراط علم الورثة بقدر المال الذي ورثه كل شريك منهم لا خوف من النزاع؛ بل درء لظهور مانع من الاستحقاق كوجوب دين متعلق بمال التركة .

(٥) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤١٦ - ابن قدامة، المعني، ٥/ ٣٩ .

للقياس وتحديد حقوق الشركاء) (١)، وذلك في حال رغبة الشركاء تقرير عقد الشركة على واقع الأموال التي أصبحت عليه من منافع وأعيان ونقود .

وبعد البحث في ضوابط رأس المال، أطرح سؤالاً: أين نقف برأس المال البشري والخبرة العملية، والمستشار في الشركات الكبرى وقد شارك بفكره وجهده العقلي بنصيب من الربح؟ وأقرب الصورة بعرض مثال عملي: وهو ما يحصل في كبريات شركات الكمبيوتر حيث تعمل على استقطاب من ترى فيهم القدرة على تطوير عملها وبرامجها بما يخدم أغراضها الاستثمارية وهي تحرص لجذبهم على أن يكون لأحدهم حصة شائعة من الربح مقابل ما يقدمه من أفكار ومقترحات قابلة للتحويل إلى أعيان تدر ربحاً على الشركة، فهل لنا أن نقيم رأس المال البشري كما هو الحال في رأس المال النقدي؟

الحقيقة أن رأس المال هنا غير منضبط، والحالة أقرب إلى عقد الإجارة منها إلى الشركة، وعليه فإن اتفاق مع المفكر على مشاركته ودفع حصة من الربح شائعة فإن العقد في حقيقته من الإجارة الفاسدة لا من الشركة، لأن من شرط صحة الإجارة أن تكون الأجرة محددة، إلا إن ترك الخيار له بتحديد ما يريد من أجرة - شريك مفتوح - فنعود إلى المحذور الذي قرره الضوابط من الجهالة المؤدية إلى النزاع.

وبتدقيق النظر في تحول الفقهاء إلى الحيلة في العروض، أقول أن تتحول أفكار هذا الشريك الخاص إلى أعيان مادية - برمجيات وأقراص مدمجة - ثم يشارك بقيمتها بأن تشتري الشركة منه البرمجيات، وتحصل مشاركة بين رأس المال النقدي - من الشركة - والبرمجيات كعروض بعد دفع قيمتها وتمتلك الشركة المال والعرض، وتبقى حصة الشريك الخاص حصة شائعة بنسبة مشاركته برأس المال، وأما عمله في التطوير فتظهر ثمرته في الربح .

وفي ختام هذه الجولة أقرر أن ما تم بحثه من ضوابط وشروط رأس المال في الشركة يصدق في مجمله على ملحقاتها من القراض والمزارعة بحسب ما يناسب كل باب؛ وذلك بأن يشترط صلاحية الأرض للزراعة كما اشترط صلاحية المال لأن يكون ثمناً، وما اشترطه المالكية بعد ذلك من خلط البذور إن كانت مقدمة من طرفي العقد، وإلا فسد بعدم الخلط (٢).

(١) شحاتة، حسين (٢٠٠٥)، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للتنظيم الحكومي في المعاملات المالية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الثامنة عشرة، العدد العشرون، ص ١٤٥ .

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٦٤ . مع أن المالكية لم يشترطوا الخلط في الشركة وقالوا به هنا، وجهه أنه من باب التعجيل في الأجرة حيث أن المزارعة عندهم أشبه بالإجارة .

المطلب الثاني: الضوابط الفقهية في محل العقد العمل :

وأتناول في هذا المطلب العمل كمحل لعقد الشركة عموماً، وترك تفصيل لوازم عمل كل نوع خاص في باب؛ كما في شركة الأعمال، أو ما كان العمل فيه أصيلاً كالمضاربة وملحقاتها. والضوابط في العمل غالباً ما كانت مرتبطة ارتباطاً عضوياً - بل ولغوياً - بالعامل، فقلما كنت أجد ضوابط العمل منسلخة عن عاملها، كما الفاعل والمفعول في الجملة. وأصل ضوابط هذا الباب قائمة على مبدأ الوكالة كأصل في تكوين الشركة؛ فكل شريك وهو متصرف لنفسه بالأصالة، ولغيره بالنيابة هو عامل في الشركة . والأصل العام في بيان قيمة العمل في مجال الاستثمار الإسلامي بالشركات هو أن الجهد البشري-العمل- هو الذي يستحق الجزاء المالي، وأن المال لا يستحق الكسب شرعاً ما لم يخالطه عمل حقيقي^(١). وهو ما قرره الحنابلة من أن: [مورد الشركة ومحلها هو العمل والمال تابع لا العكس، والربح نتيجة مورد العقد]^(٢)

الضابط الأول :

[الأصل في التصرف المعقود عليه شركة أن يكون قابلاً للوكالة]^(٣)

وبصيغة أخرى؛ إن صحة الشركة إنما هي باعتبار الوكالة، فلا تصح في ما لا تصح الوكالة فيه، وهو أصل متفق عليه من حيث الجملة، ولكن الاختلاف وقع في ما تجوز فيه الوكالة من الأعمال ابتداءً، وما لا تجوز، بمعنى تفصيلات الفعل المأذون فيه . وأعرض آراء الفقهاء في ما تجوز الوكالة فيه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: الضابط [كل ما جاز للإنسان أن يتصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه ويتوكل]^(٤).

والضابط يعلق صحة توكيل الفعل في ما جاز للمرء أن يتولاه بنفسه، وكأنه يعلق مناط جواز التوكيل بموضوع الأمر الموكل فيه، وصلاحيته الشرعية كعمل، وهو لا يتناول العمل من حيث دائرة العمل المباح أو الممنوع، لأن الجميع متفق على أن مجال عمل الشركة ينبغي أن يكون في دائرة المسموح به شرعاً، فلا تصح الشركة عملاً ولا مساهمة في ما كان من المحرمات عينا -

(١) سعد، عبدالقادر أحمد، المشاركة كصيغة تمويل مصرفية، ص ٣٨.

(٢) المرادوي، الإصناف، ٥/ ٣٠٥ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٣ - الغنيمي، اللباب، ٢/ ٧٠ .

(٤) الحسيني الحصري، كفاية الأخيار، ص ٢٧١ .

كالخمر والخنزير - ، أو ما كان من المحرمات عملاً كتصنيعها أو تسويقها، لأن: [ما لا يجوز للمسلم العقد عليه، لا يجوز له أن يوكل فيه]^(١).

ولكن السؤال هنا هو؛ أي الأعمال المباحة يقبل النقل والتحويل من شخص إلى آخر، لا أن يكون متعلقاً برقبة العامل أو أن يكون خارج حدود سلطته شرعاً .

ومن هنا وقع الاختلاف في حكم التوكيل في تحصيل المباحات؛ بمعنى هل تجوز الشركة في ما كان عمل الشريك فيه اكتساب مباح متاح لكل راغب فيه ؟

وصورته البسيطة: الشركة في الاحتشاش والاحتطاب والاستقاء، وصورته القريبة الشركة في الغوص على اللؤلؤ واستخراج الألماس بصورة فردية أولية .

أولاً: أقوال الفقهاء في جواز التوكيل في تحصيل المباحات:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: وهو للحنفية^(٢)، والشافعية في قول^(٣)، فإن الشركة عندهم في تحصيل المباحات لا تجوز، لتضمن الشركة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح باطل من عدة وجوه :

-منها أن ثبوت الملك في المباح بالأخذ إنما هو للأخذ، فالشارع الحكيم قد حدد سبب الملك في المباحات لمن سبقت يده إليها^(٤)، وهي هنا يد من باشر السبب وهو العامل، فكيف يقع المأخوذ شركة مع من لم تصل يده إليه ؟

-ثم إن كل واحد منهم -الشركاء- يشترط بذلك لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا عمل، ولا ضمان له فيه، أو يصير كل واحد منهم كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه الآخر، وهذه مفاوضة في المجهول فلا تصح، ويكون لكل واحد منهم ما اكتسبه، وله ثمنه إذا باعه، وأصلهم في ذلك : [إن البذل إنما يملك بملك الأصل]^(٥).

-ولأن الأصل في التوكيل أنه إثبات ولاية لم تكن ثابتة للتوكيل؛ بمعنى أن التوكيل إنما يعتبر في ما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل^(٦)، وهما هنا متساويان ولا زيادة لأحدهما على الآخر في الملك، فلا يكون الأمر في ذاته صحيحاً.

(١) ابن قدامة،المغني،٥/ ٨٢ .

(٢) الزيلعي،تبيين الحقائق،٣/ ٣١٣، ٣٢٢ - شيخ زادة، مجمع الأنهر،١/ ٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٣) النووي،روضة الطالبين،٤/ ٢٨١ .

(٤) ابن الهمام،شرح فتح القدير،٦/ ١٩٢ - الغنيمي،اللباب في شرح الكتاب،٢/ ٧٦ .

(٥) السرخسي،المبسوط،١١/ ٢٣٥ .

(٦) شيخ زادة،مجمع الأنهر،١/ ٣٤٤ - ابن الهمام،شرح فتح القدير،٦/ ١٩٢ - السرخسي،المبسوط،١١/ ٢٣٧ .

- ولأن سبب الملك وهو وضع اليد قد وجد من الوكيل فلا ينصرف عنه بالنية^(١) ، فالوكيل يملك
تحصيل المباح - لأنه ممكن للجميع- بدون أمر الموكل، فلا يصلح نائباً عنه فيه، بمعنى أن
الفعل لم يصادف محل ولاية للموكل حتى يقال بصحة الإنابة فيه^(٢) .
وعليه فإن من عمل منهما استحق ما تحصل له، وإن أعانه الآخر كان له أجر مثله بالغاً ما بلغ
عند محمد من الحنفية، وله أجر مثله لا يجاوز نصف المسمى عند أبي يوسف - إن كانت
الشركة على النصف- وتعليه عند أبي يوسف :
[إن تقوم المنفعة باعتبار العقد والتسمية، فإذا فسد العقد - وهو هنا فاسد لفساد المحل - فما زاد
على المسمى لم توجد التسمية]^(٣)
أما الشافعية فقالوا بقسمة ما تحصل من الملك بحسب الرؤوس، اعتباراً للقصد بالشركة فيه
بينهم، وقيل: بل كلّ بحسب أجرة مثله في عمله، خصوصاً إن كان العمل فيه من التنوع -
كمجموعة الغوص على اللؤلؤ- أي أن معيار التفاوت يحتكم إلى أثر العمل في تحصيل الربح
(٤).

القول الثاني: وهو قول المالكية^(٥)، والشافعية في الأصح^(٦)، والحنابلة^(٧)، وهم الذين قالوا
بصحة الشركة في تحصيل المباحات، واستدلوا على قولهم هذا بالمنقول والمعقول:
(١) أما من المنقول:

- عن أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "اشتركت أنا وعمار وسعد فيما
نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء"^(٨).
وجه الدلالة: النص إقرار من النبي صلى الله عليه وسلم على صحة فعل التشريك بين الصحابة
في عمل مباح - من تحصيل الغنيمة-، مع أن الإحراز كان لعامل واحد .

(١) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٣٨ .

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٩٢ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢٣٦ .

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨١ .

(٥) القرافي، النخبة، ٨/ ٣٩ .

(٦) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٣٨، ٢٣٠ .

(٧) ابن قدامة، المعني، ٥/ ٥٢ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩/ ٧٥ .

(٨) أخرجه أبو داود ، سنن أبي داود، كتاب البيوع ، باب في الشركة على غير رأس مال ، ح(٣٣٨٨)، ٣/ ٢٥٧ وقال الصنعاني
حديث بن مسعود من رواية ولده أبي عبيدة بن عبد الله وهو خبر منقطع لأن أبا عبيدة لم يذكر عن أبيه شيئاً انظر: الصنعاني، محمد
ابن إسماعيل، (ت ٨٥٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط ٤، ٤م، (تحقيق محمد عبد العزيز الخولي) دار إحياء
التراث، بيروت، ١٣٧٩هـ، ٣/ ٦٤ .

واعترض عليه: بأن الأمر في الغنائم كان للنبي عليه الصلاة والسلام ، وقد اختار عليه السلام أن ينفذ اتفاقهم لأمر رآه من المنافسة والتحفيز ثم التعاون على البر، ولا يفيد بعد ذلك جواز الشركة في المباح.

(٢) ومن المعقول:

- إن العمل في تحصيل المباحات في حقيقته تملك مال بسبب لا يتعين على العامل^(١)، فالواجبات المتعينة لا تقبل التوكيل بالنيابة.

- والشركة في تحصيل المباحات- وما فيها من توكيل- تنسجم مع أصل تشريع الوكالة و الشركة وما فيهما من الرفق، إلا أن المالكية الذين لاحظوا ذلك قرروا ضبط الفعل باشرطهم اتحاد موضع العمل، حتى أنهم علقوا الجواز عليه^(٢)، (فعدد الشركة لا بد فيه من مسامحة في الغرر، وليس هو في العمل)^(٣).

ثم ردوا على أصحاب القول الأول؛ بأننا لا نسلم أن الوكالة لا تصح في تحصيل المباحات، لأنه يصح أن يستتبع في تحصيلها بأجرة، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهم بذلك^(٤). والحقيقة أنني وقفت على تعليل للمالكية يمنعون فيه الشركة بالذم؛ (لأن الذي يشتريه أحدهما يجوز أن يشتريه الآخر، ومثل ذلك في الوكالة يمتنع)^(٥)، ولا أرى التوكيل في تحصيل المباحات إلا من هذا الباب !

والمأمل في الأمثلة التي عرضها من أجاز من الفقهاء الشركة في تحصيل المباحات يلحظ تفاوتها في تحقيق مناط الضابط فيها؛ فمثلاً ما قيل من أن إحياء الموات من تحصيل المباحات لا أراه صحيحاً، لأن هناك فرق بين العمل الاستثماري التنموي، وبين البحث عن مباح وإحرازه، وهناك فرق بين الاشتراك في مال وتنميته بالعمل - كرعي الأغنام - وبين عمل مع عدم وجود رأس المال لتنميته كما في الاحتطاب، ولا يقال بأن شركة قد وقعت بالآلة؛ لأن ضالة المشترك - الآلة - لا ينظر إليها في هذه الشركة .

وعليه فإن الراجح في ما أرى عدم صحة أصل الاشتراك في تحصيل المباحات، لتمييز منافع كل شريك، وبالتالي اختصاصه بثمرة عمله، وأنه لا توجد قاعدة مشتركة أو أصل يبني عليه توزيع المتحصل بينهما إلا التعاون والمؤازرة المعنوية.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/٦٨ - ابن قدامة، المغني، ٥/٥٢ .

(٢) القرافي، الذخيرة، ٨/٣٩ - ٤٠ .

(٣) العدوي بهامش حاشية الخرشي، ٦/٦٦ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/٥ - البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥٦١ .

(٥) القرافي، الذخيرة، ٨/٢٩ . وقال بعد ذلك: وإنما يجوز ذلك في الشركة لوجود الرفق المنفي هنا .

ثانياً: تطبيقات الضابط العملية:

إن تحصيل المباح في ما يحتاج إلى بنية تحتية لتملكه واستغلاله؛ كما في شركات استغلال وتنمية الطاقة المستدامة- البديلة- من الرياح، أو طاقة الشمس لتوليد الكهرباء ليس هناك ما يمنعه شرعاً؛ لأن المتحصل منها يختلف ابتداءً عن المباح الذي تم بحثه من عدة وجوه:

- إن المباح الذي تم تحصيله احتاج إلى أموال وطاقات بشرية ضخمة ناسب أن تجتمع في توزيع الربح عليها.

- ولأن هذا المباح بعد تملك منفعته متاح لكل طالب جديد له.

- ثم إن التوكيل هنا في محله؛ لأن حقيقة الإحراز تستلزم كفاءات وطاقات علمية تقوم بها، قد لا تتوفر عند الموكل، فكان تكليف العمل للتوكيل في أمر لا يستطيعه الموكل.

الفرع الثاني: الضابط [كل عمل التزمه الشريك مما يمكن الشركة فيه، فإن الكسب فيه يكون لهما]^(١).

وبناء على الضابط الرئيس واشتراط قابلية العمل للتوكيل فيه، قرر الحنفية كنتيجة منطقية للعقد الذي وقع بين الشركاء، أن يكون الكسب المتحقق من عمل أي منهم بما ينسجم والعقد الذي انفق عليه شركة بينهم في الربح.

ومجال الضابط عند الحنفية كما يقع في شركة العنان - بالأموال-، فإنه يصدق على شركة الأعمال؛ لأن العقد هو مناط الاشتراك بالربح^(٢).

وأعرض مثالا عمليا يوضح معنى الضابط :

في نظام التسويق الشبكي الذي وقع من بعض الشركات -والتي تحمل اسم الأعمال- تقوم الشركة بتوسيط سلعة لبناء شبكة من العملاء في شكل متوالية هندسية، يشكل كل عميل فيها قمة هرم داخل الشبكة، ويدفع فيها العملاء الجدد حوافز من سبقهم في البناء الشبكي^(٣).

وتقوم فكرة عمل هذه الشركة على أن شراء الشخص للمنتج أو امتلاكه مركز عمل فيها يعد شرطاً لقبوله مسوقاً من ضمن أعضائها-شريكا-^(٤).

وما يعيننا هنا هو أن نظام الشركة لا يسمح للفرد أن يسجل تحته أكثر من اثنين، وما زاد عنهما يسجل تحت آخر مشترك في شبكته، بمعنى أن أفراداً في الشركة يستفيدون من جهد الذين من

(١) صغت هذا الضابط من تفصيلات العمل في: الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٥ .

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣١٨ .

(٣) الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية (٢٠٠٦)، فتاوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية في الفترة من ٢٠٠٠- ٢٠٠٣، بنك السودان، (ط١)، ص ٢٠٨ . واشتهر من هذه الشركات شركة بزناس.

(٤) المرجع السابق، ص ٢٠٩ .

فوقهم، ويتقاضون عمولات من الشركة عن سلع لم يكن لهم جهد في تسويقها، فهو يحرم المسوق غير المشترك ويعطي المشترك غير المسوق، أي أنها تحفز المشتركين بصرف النظر عن جهدهم في تسويق المنتجات^(١).

والحكم فيها هو منع الاشتراك بالربح؛ لأن جهد الشريك الآخر وإن كان سببا في تحقيق الربح الذي يقتضى الاشتراك فيه، إلا أنه في الواقع ربح لكسب غير حقيقي. ومن جانب آخر فإن زيادة العمل في هذه الشركة - وهو هنا باستقطاب أفراد جدد - لا يستلزم زيادة في ربح العامل، بل قد يُعطى لغيره، وهذا مخالف لمقتضى الشركة. والخلاصة هنا أن تسويق المنتج غير مقصود في التسويق الشبكي، وإنما هو مجرد ستار قانوني لتجميع الاشتراكات وكسب الأعضاء لبناء النظام الشبكي، وهو بناء في حقيقته خواء. هذا وقد عمد القائمون على هذه الشركة للترويج الشرعي لها من خلال القول باعتبارها من نظام السمسرة - وهو مختلف فيه - وقد بين من تصدى للرد على هذه المقاربة بتوضيح مدى الاختلاف بين المعاملتين وقرر أنها من القمار^(٢).

إلا أنني أراه من باب الإثراء من غير سبب؛ لأن الأصل في صحة المعاملة شرعا أن تنتضبط بالأصل الشرعي: [الغرم بالغرم]، وليس العقد المجرد هو مناط الاشتراك بالربح، بل ما قارنه من مال، وحركه من عمل وإلا فلا شركة في واقع الأمر.

الفرع الثالث: الضابط [العمل يتقوم بالتقويم]^(٣).

والضابط يعتبر معيارا يقرر قبول العمل كمحل في عقد الشركة، بدليل أن له قيمة، وأن هذه القيمة يظهر أثرها في الربح، وعليه نظر بعض الفقهاء إلى اختلاف قيم العمل بتفاوت قدرات الشركاء، وقرر زيادة نصيب الشريك من الربح عن حصته في رأس المال لحذقه ومهارته ولفقهاء في المسألة قولان:

القول الأول: وإليه ذهب الحنفية^(٤)، والحنابلة^(٥)، من صحة اشتراط الزيادة لأحدهما على ما تقرر له بناء على حصته المالية.

(١) المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(٢) الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، فتاوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية ص ٢٠٩.

(٣) الباز، سليم، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٤٥، ص ٧١٦. وجاء شرح الضابط عنده بأن العمل يتقوم بتعيين قيمته، ومن الجائز أن يكون عمل الواحد أكثر قيمة بالنسبة إلى عمل الآخر.

(٤) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٧٧ - السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧١.

(٥) الكرمي، مرعي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ٢/ ١٨٤.

أما القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وزفر من الحنفية^(٣)، فقد جنحوا إلى ربط الربح بالمال، واعتبروا العمل تابعا له، فليس له نصيب مستقل من الربح وهذا أصل لهم في كل أبواب الشركة .

والسبب في ذلك ما اعتبروه قوام باب الشركة؛ [إن الشركة في الملك هي أصل الشركة في العقد]^(٤)، بالإضافة إلى ما يؤديه جعل شيء من الربح في مقابلة العمل من الخلط بين عقد القراض بعقد الشركة، وهذا ممنوع^(٥)، وكان الضابط عندهم : [العمل في الشركة غير مقابل بعوض]^(٦).

وهو الأمر الذي أقرته الشركات المساهمة منها لها؛ فهي في تصنيفها القانوني تتبع شركات الأموال بمعنى أن الاعتبار فيها للمال.

أما ما كان للشريك وعمله من خصوصية في الأحكام كما في التوصية بالأسهم - وإن كانت من شركات الأموال - حيث الاكتتاب فيها بالأسهم المتماثلة، وأنها تضم شركاء متضامنين وشركاء موصين، فإن للشركاء المتضامنين حصة زائدة من الربح في مقابلة عملهم^(٧) .

الفرع الرابع: الضابط [الأصل أن العمل في الشركة على قدر المال]^(٨)

والضابط جاء أكثر تفصيلا بصيغة: إن الربح والعمل على قدر المال في الشركة^(٩) .

فالأصل أن العمل تابع للمال، وعليه فإن كل واحد من الشركاء مكلف بالعمل على قدر حصته في الشركة، فإذا كان المالان متساويين، كان على كل واحد من الشركاء نصف العمل، على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتبرع أحدهما بعد العقد بأكثر مما عليه^(١٠) .

فالضابط يقرر واحدا من حقوق الشركاء في العنان والمفاوضة؛ بأن توزيع العمل يفترض به أن يتناسب مع مقدار المال - والذي هو موضوعه - والربح - والذي هو غايته -، وهو حق قابل للإسقاط، فلو تطوع أحدهما بالعمل جاز، لأنه حقه وله إسقاطه .

(١) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٤٦ .

(٢) الحسيني الحصري، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، ص ٢٦٩ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٧٧ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٩ .

(٥) الحسيني الحصري، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، ص ٢٧٠ .

(٦) الرملي، نهاية المحتاج، ٥/ ٩ .

(٧) معايير هيئة المراجعة والمحاسبة الإسلامية، المعيار الشرعي ١٢، البند ٤/ ٤/ ٢/ ٤، ص ١٧ . ولذلك سميت بشبه

المضاربة، انظر: البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ١٣٢ .

(٨) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٢ - التسولي، البهجة، ٢/ ٣٤٦ .

(٩) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٣ .

(١٠) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٢ .

وبناء على ما سبق إذا كان رأس مال الشركة ألف دينار من كل واحد من الشركاء الثلاثة، كان العمل مقسماً بينهم أثلاثاً والربح كذلك، أما إن كان رأس المال عرضاً من جهة، وعينا أو طعاماً من جهة أخرى - عند من قال بجوازه- فبقدر قيمة الطعام والعرض يكون العمل والربح والخسارة^(١).

وتنفيذه عملياً ممكن من خلال تحديده بساعات أو أيام عمل، أو تقسيم العمل إلى مهام تكافؤ حصة كل شريك .

والحقيقة أن في قول الحنفية أن الشركين في شركة الأموال يستوي أن يعملوا جميعاً أو أن يعمل أحدهما فيربح فيتشركان، تحيّل من خلالها بعض الشركاء مضاربة، وصورة الحيلة: أن يقرض أحدهما الآخر ألف دينار إلا عشرة، ثم يشاركه بالعشرة وما أقرضه والربح بينهما نصفان، ويستوي بعد ذلك أن يعملوا أو يعمل أحدهما^(٢).

فإذا عمل أحد الشركاء دون الآخر بعذر أو بغير عذر؛ فإن الربح يوزع بينهم على الشرط -على أن يسبق ذلك العقد بينهم-، أما إن قبلوا عملاً بلا عقد بينهم؛ فإن الأجرة تكون للعامل منهم خاصة، وكان العقد هو مظلة استئثار العامل بالشرط نسبة من الربح^(٣).

في حين ذهب المالكية^(٤)، والشافعية^(٥) إلى أن الأصل في توزيع الربح أن يكون بحسب المال، والعمل تبع، وجاء الضابط عند الشافعية: **[العمل في الشركة غير مقابل بعوض]**^(٦) بمعنى أنه تابع للمال، والتابع لا ينقلب أصلاً.

والذي ينسجم مع هذه القاعدة أصل هو أقرب إلى الحكم الشرعي، وهو ضابط عمل الشركاء:

[يجوز أن لا يعمل أحد الشريكين، ولكن لا يجوز اشتراط عدم التصرف في مال نفسه]^(٧)

وبناء عليه هل يعتبر حكر تصريف الأمور في الشركات المساهمة على زمرة الهيئة الإدارية، ومنع الهيئة العامة - أو جمهور المساهمين - من العمل إخلالاً بحكم الضابط؟

الحقيقة أن عدداً من المعاصرين علق حرمة المساهمة بالشركات لهذا الحجر - وإن كان وصف الحجر غير دقيق تماماً-، والذي أراه أن تنازلاً عن حق تصريف أعمال الشركة قد حصل من المساهمين غير المتصرفين، لما وافقوا على توكيل الهيئة الإدارية بالعمل، ولذلك ألزم القانون

(١) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٥٠ .

(٢) الشيباني، محمد بن الحسن، المخارج في الحيل برواية السرخسي، ص ١٢٩. والغرض من هذه الحيلة إلزام المضارب بالضمان .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٩ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٩٣ .

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٧٧ .

(٥) الرملي، نهاية المحتاج، ٥/ ١٢ .

(٦) المرجع السابق، ص ٩ .

(٧) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٧٦

ذكر أسماء أعضاء الهيئة التأسيسية والتعريف بهم، ومقدار المساهمة التأسيسية، وما ذاك إلا لإعطاء الأمان للمتنازل عن حقه بالعمل^(١).

ومع ذلك نص القانون على أن لا تزيد مساهمة المؤسسين عند التأسيس عن ٧٥% من رأس المال المكتتب فيه^(٢).

ثم إن الجمعية العمومية إنما تأخذ بأكثرية الأصوات التي تمثل أكثر الأسهم، فهذه صورة لأعدل صيغ إدارة الأعمال التي تقوم على استمداد السلطة من الأكثرية المالكة.

أمر آخر أراه وهو أن تدوير الأعمال في الشركة المتخصصة لا يناسبه أن يعمل كل مساهم - والباب فيها مفتوح على مصراعيه حتى لغير مواطني البلد أحيانا - لعدم الكفاءة العملية والمعياري في أصله منضبط بقوله تعالى "إن خير من استأجرت القوي الأمين"^(٣) ومن القوة القدرة العلمية والكفاءة المهنية؛ وليست هذه لكل أحد.

ثم إن من حقوق المساهم إن بلغت نسبة مساهمته حدا معيناً كان له أن يدخل ويلج باب العمل، وهو في الأصل ينبب عنه من يراه أهلاً للعمل بانتخابات الهيئة الإدارية، فليس في عرف نظام الشركات المساهمة إذن دائم، أو منع دائم للشريك من العمل بل هي ذل، مع التأكيد على أن مجموع الأموال في الشركات المساهمة أفرز حالة لا يصح معها أن يقال أن مالكا مُنَع من التصرف في ملكه.

وبناء على الضابط، واقتزان العمل بمقدار رأس المال، فإنه من المنطق الشرعي والعقلي ربط الإدارة بالفئة المؤسسة، وذلك لغلبة المشاركة وتفوقها كما، مع ملاحظة أن حظراً على السهم التأسيسي قرره القانون بحيث يمنع التصرف فيه قبل مرور سنتين^(٤).

وينص نظام الشركات على أن تعقد الجمعية العمومية اجتماعها بعد سنة من قيام الشركة أو فترة أقل لانتخاب الهيئة الإدارية، وليس ثمة ما يمنع أي مساهم من ترشيح نفسه طالما أنه يساهم

(١) انظر العتبي، جهاد، قانون الشركات رقم ٢٢، لسنة ١٩٩٧، المادة ٩٢، فقرة ب.

(٢) العتبي، قانون الشركات الأردني، المادة ٩٩، الفقرة ب.

(٣) سورة القصص: الآية ٢٦. والآية الكريمة هنا، مع ما جاء في سورة يوسف "قال اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ" تبين أن أولوية الاختيار للعامل تحدد بحسب المسئوليات المنوطة به؛ فلما كان الغرض هو العمل الجسمي في حق موسى عليه السلام كان المعيار القوة البدنية، ولما كان العمل المطلوب هو حفظ خزائن الدولة وتدويرها كان المنظور إليه ألا الأمانة والحفظ.

(٤) العتبي، جهاد، قانون الشركات، المادة ١٠٠، الفقرة أ.

بحصة معينة من المال، وكل ما هنالك هو تنظيم العمل بشروط تضبط الإدارة، وليس فيها ما يمنع شرعاً^(١).

وكذلك فإن القرارات الهامة - من دمج الشركة أو الاستحواذ - يفصل فيها القول الجمعية العمومية، مما يعني أن القرار للجميع.

وتحقيقاً للعدالة فإن القانون منح المساهمين الذين يحملون ما لا يقل عن ٢٠ % من الأسهم الممثلة في اجتماع الهيئة العامة الأول للشركة؛ منحهم حق الاعتراض على أي بند من بنود نفقات التأسيس^(٢).

وعليه كان في إثبات أن التصرف كان لأحدهما يترتب عليه توجيه المساءلة إليه، وإن كان الفرد قد ذاب في مجموع الشركاء بتقرير الشخصية المعنوية للشركة، إلا أنه محكوم باعتبارات شرعية وقانونية تحمله مسؤولية عمله، (الأمر الذي ينسجم ومفهوم الحاكمية المؤسسية المتلخصة بأن إدارة الشركات المساهمة الخاصة والعامة مسؤولة أما مالكي الأسهم، وأصحاب المصالح الأخرى كالدائنين وحملة إسناد القرض مثلاً)^(٣).

(وكذلك جاء في قانون الشركات البحريني المعدل: إن حكومة البحرين سمحت بإصدار أسهم لا تعطي أصحابها حق المشاركة بالإدارة، هي في حقيقتها تطبيق لمبدأ المضاربة، وكذلك أصدر بنك التقوى - جزر البهاما - أسهما سماها الأسهم الممتازة لامتيازها بإبعاد أصحابها عن الانشغال بمتاعب الإدارة)^(٤).

(١) يؤكد هذا المعنى، أن قطاعات في الغرب رفضت دخول صناديق الثروات السيادية الخليجية كمستثمر، حيث نظروا إليها وكأنها تستهدف غزو اقتصادهم؛ مع أنها كانت المنفذ لأزمة المصارف الغربية. انظر: ظاهرة صناديق الثروات السيادية، جاسم المناعي، موقع الجزيرة نت.

(٢) العتيبي، جهاد، قانون الشركات المادة ١٠٧.

(٣) عباينة، محمود (٢٠٠٩)، الرقابة على الشركات وتطبيق مفهوم الحوكمة، (ط١)، بحث من كتاب المشهد الأردني في المرحلة الجديدة، مكتبة عبدالحميد شومان، ص ٢٧١.

(٤) قحف، منذر (١٩٩٣)، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، العددان ٦٧ - ٦٨، ص ١٠٩، ١١٩.

الفصل الثاني : الضوابط الفقهية في إدارة الشركة :

- المبحث الأول : الضوابط الفقهية في شركة العقد .
- المطلب الأول : ضوابط فقهية عامة في شركة العقد .
- المطلب الثاني : ضوابط شركة الأموال .
- الفرع الأول : ضوابط شركة العنان .
- الفرع الثاني : ضوابط شركة المفاوضة .
- المطلب الثالث : الضوابط الفقهية في شركة الأعمال .
- المطلب الرابع : الضوابط الفقهية في شركة الوجوه .
- المطلب الخامس : الضوابط الفقهية في الشركات المساهمة .
- المطلب السادس : الضوابط الفقهية في الشركات المعاصرة .

- المبحث الثاني : الضوابط الفقهية في شركة المضاربة .
- المطلب الأول : الضوابط المتعلقة برب المال ورب العمل .
- المطلب الثاني : الضوابط المتعلقة بأحكام المضاربة .

- المبحث الثالث : الضوابط الفقهية في المزارعة والمساقاة .
- المطلب الأول : الضوابط الفقهية المتعلقة بالعامل .
- المطلب الثاني : الضوابط الفقهية في العمل .

المبحث الأول: الضوابط الفقهية في شركة العقد :
المطلب الأول : ضوابط فقهية عامة :

الضابط الأول :

جاءت أحكام هذا الضابط بصيغ متعددة؛ ولكنها جميعاً تدور في فلك حكمين رئيسيين:

- ١- فعند الحنفية جاء الضابط: [حقوق العقد إنما تعود إلى العاقد] ^(١) وذلك في غير شركة
المفاوضة؛ إذ الضابط فيها: [المتفاوضان في ما هو من صنيع التجار كالشخص الواحد] ^(٢)
- كما جاء الضابط بصيغة أخرى: [المباشر هو الأصيل في الحقوق] ^(٣)
- وبصيغة أخرى أكثر تفصيلاً: [حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكذا كان أم مباشراً لنفسه] ^(٤)
 - ٢- وعند الشافعية: [أحكام العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل دون الموكل] ^(٥)
 - ٣- وعند الحنابلة جاء الضابط بلفظ: [حقوق العقد لا تختص بالعاقد] ^(٦)
- وعندهم أيضاً: [حقوق العقد متعلقة بالموكل] ^(٧)، [وعقد الوكيل يقع للموكل] ^(٨)
- والكلام في هذا الضابط بصياغته والتي تكشف خلافاً فقهياً، يتناول جانباً من تصرفات الشركاء
في شركة العقد، والحديث في التصرفات له جانبان:
- الأول: ما يملكه الشريك من التصرفات في الشركة مما ثبت بمقتضاها، وما لا يملكه .
الثاني: إذا تصرف الشريك في ما أذن له فيه، فهل تلزمه حقوق تصرفه وتبعاته وحده باعتباره
المباشر بالفعل، أم يغلب عليه وصف الشريك وتلحقهما العهدة معاً؟
والكلام هنا من هذا الجانب؛ فالشريك المباشر للعمل والذي اقتضاه مطلق عقد الشركة، هو
المسئول عن تبعاته؛ وذلك من آثار حكم الوكالة الذي بنيت عليه الشركة ومن أجل تنظيم
العمل، وإلا فإن كل واحد منهما مأذون له في الأحوال العادية. وعند الشافعية المأذون له منهما
هو المسئول عن آثار العمل. والضابط تراه صريحاً عند الحنفية والحنابلة، أما عند الشافعية فإن
خصوصية الشركة من حيث أنها تقوم على خلط الأموال، ونفي التمايز بين الشركاء ثم اشتراط

(١) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/ ٣٢٥ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٨٩ .

(٣) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/ ٣٤٢ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٨٩ .

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٣٢٧ .

(٦) اليهودي، كشاف القناع، ٣/ ٥٣٥ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٤ .

(٧) ابن قدامة، هامش المقنع، ٢/ ١٥١ .

(٨) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤ .

الإذن في العمل لأحدهما أو كليهما، استلزم القول بأن الآثار المترتبة على الفعل هي على الشركة ككل، فهم يقررون ولادة الشخصية المعنوية للشركة، وهي التي تتحمل نتائج ومسئولية العمل.

أما المالكية فلم ينصوا صراحة على ارتباط حقوق العقد بالعائد؛ بل ولقد تضارب النقل عندهم في ذلك، فتراهم يقولون تارة (يطالب كل بتوابع معاملة الآخر من استحقاق ورد بعيب) ^(١)، ويقولون أخرى (الأصل أن لا يرد على غير متولي البيع، لأن الرد يستلزم رد ملك الغير، ويغفر في الرد على من غاب غيبة بعيدة) ^(٢)، ولكن تفريعاتهم تؤكد أن للشركة شخصية معنوية، يمثلها شخص طبيعي يقوم بأمرها، بمعنى أن حقوق العقد لا تختص بالعائد ^(٣).

فالمضابط بحكميه يقرر ارتباط التزامات العقد والمساءلة فيه بشخص العاقد عند الحنفية، وعلى المباشر باسم الشركة عند الشافعية، وللشركاء جميعاً عند الحنابلة، وأما آثار العقد فهي تعم الجميع. ثم إن القول بحقوق العقد يفترض به أن يكون بعد توضيح ما يملك الشريك عمله وما لا يملكه، ولكن خطورة الحكم بتحمل تبعات العمل اقتضت التنبيه على ما يترتب على العمل من نتائج؛ من باب الوقاية خير من العلاج.

والضابط بحكميه -توجيه المساءلة للعائد كمباشر، وللشركاء جميعاً المباشر منهم وغير المباشر- يبدو بعيداً عن واقع ما عليه العمل اليوم، وقد باتت للشركة شخصية معنوية منفصلة عن شخص الشركاء في الغالب من أنماط الشركة، حتى أن المخاطبات والحقوق توجه باسم الشركة، إلا ما كان في ركنه يقوم على ملاحظة الشريك المتضامن -المسئول- كما في شركة التوصية بالأسهم مثلاً.

وتفرع عن هذا الضابط العام اثنان أخص، ونتيجة :

١-ضابط فرعي: [القبض من حقوق العقد] ^(٤)

والقبض واحد من تصرفات الشركاء في الشركة، إلا أنه لما تعلق به حقوق، وترتب عليه آثار وأحكام، رأيت من المفيد أن أعرضه هنا.

ولما كانت حقوق العقد تتعلق بالعائد عند الحنفية- وفي المفاوضات هو من حقوقهما-، فإنهم يرتبون على ذلك ما يلي:

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٥/٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المجاجي، محمد، أحكام الشركات في الفقه المالكي، ط ٢٠٠١، المكتب الإسلامي، ص ١٠٢.

(٤) السرخسي، الميسوط، ١١ / ١٨٦.

- أ) إذا اشترى أحد الشركاء شيئاً، أو باع شيئاً من تجارتهما؛ لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن، كما أنه لا يملك قبض المبيع في حال الشراء^(١).
- ب) كل دين لزم شخصاً بعقد وليه أحدهما، فليس للآخر قبضه، وللمدين أن يتمتع من دفعه إليه، كالمشتري من الوكيل بالبيع، له أن يتمتع من دفع الثمن إلى الموكل، فإن دفع إلى الشريك من غير توكيل؛ بريء من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن استحساناً^(٢).
- ج) ليس لغير العاقد أن يؤجل ديناً؛ فإن أخره لم يمض على الآخر في قول عند الحنفية^(٣)، فكأن شريك العنان غير مطلق الأمر حتى في نصيبه.
- أما إن كان لشريكي العنان دين بسبب واحد - كبيع عين من أعيان الشركة - وقبض أحدهما نصيبه فإن لشريكه أن يشاركه فيه، كما أن ما كان من جنس تجارتهما لم يختص أحدهما به بل هو لهما، وكذلك حقوق شركتهما من الديون لا يختص أحدهما به، وإن باشر سبباً يوحي بالاختصاص^(٤).
- وهنا تتداخل حقوق العقد، مع ما يملكه الشريك في العنان من التصرفات؛ لأن العاقد منهما اجتمع له وصفان؛ أنه مالك وعاقد، وهو كوكيل البيع يملك تأخير الثمن والإبراء منه عند أبي حنيفة ومحمد، فإذا كان لأحدهما أن يقابل البيع، فله تأخير الدين من باب أولى. وعند أبي يوسف لا يملك^(٥).
- د) إذا استأجر أحدهما شيئاً؛ فليس للمؤجر أن يطالب الشريك الآخر بالأجرة^(٦)، فإذا أدى العاقد من مال الشركة وكان قد استأجره لحاجة نفسه؛ رجع شريكه عليه بنصف الثمن، أما إن كان قد استأجره لتجارتهما، وأدى الأجر من خالص ماله رجع على شريكه بنصفه، لأنه وكيله في العقد^(٧).
- هـ) والرد كالمقبض من حقوق العقد؛ فما اشتراه أحد الشركاء فوجده الآخر معيباً لم يملك رده^(٨).
- و) ثم إن الشريك لا يملك عزل من وكله شريكه في تصرف ما باشره الشريك الموكل^(٩).

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٤

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٠.

(٣) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/ ٣٢٥ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٤ - السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٩٠، ١٨٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٨. وهو قول الحنابلة. انظر: ابن قدامة، المعنى، ٥/ ١٤.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٨.

(٦) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/ ٣٢٥.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٠.

(٨) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٤ - السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٩٠.

(٩) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية الكويتية، ص ٥٨.

٢- الضابط الفرعي: [الإقرار حجة قاصرة]^(١) و [كل من يدخل الضرر بإقراره على غيره، يمتنع إقراره لمن يتهم عليه]^(٢)

وأرى صلة بين الضابط العام، والذي يتص على أن الإقرار حجة لا تلزم إلا المقر، بمعنى أن من أقر بحق للغير فإن تبعات هذا الإقرار لا تلزم أحدا غيره، وذلك في ما خلا من معنى الكفالة في الشركة، أما المفاوضون فكل واحد منهما لما كان كفيلا عن الآخر، فأقرار أحدهما كما ينفذ في حق نفسه، فإنه ينفذ في حق شريكه^(٣)، لأن مآله التزام مشترك وجب بحق من حقوق الشركة^(٤)، حتى لو أقر بعيب في متاع جاز عليه وعلى صاحبه^(٥)، هذا عند الحنفية. أما عند المالكية؛ فإن إقرار أحدهما بدين من شركتهما لأبيه أو ولده أو زوجته لا يلزم شريكه، ليس من باب الحجة القاصرة، ولكن من باب تمكن التهمة، حتى إذا كان الإقرار لمن لا يتهم عليه لزم. ومن تطبيقات الضابط:

(أ) أنه لا يمتنع إقرار أحدهما بدين من تجارتهما على الشريك الآخر، فلا يصدق شريك العنان في إيجاب الحق على شريكه، فإن أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه، وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه^(٦)، أما إن أقر شريك العنان في بيع أو شراء قائم بعينه جاز وله على شريكه حصته، أما إن أقر بشراء شيء مستهلك فإن ثمنه ديناً عليه دون شريكه^(٧). وقد يقول قائل: أليس كل واحد من الشركاء هو وكيل وموكل في آن واحد، مما يستلزم تمازجا في الأحكام وتداخلا يقتضى توحيد المسؤولية؟

والجواب عن ذلك نعم هما كذلك في ضمن حدود العقد ومقتضياته، فالكلام في كل ما مضى إنما هو في العنان دون المفاوضة؛ لأن حق العامل في عقد قام على حكم الوكالة، أقل شمولاً مما قام على حكمي الوكالة والكفالة، فاختلاف الأثر في ما هو من حقوق العقد، وبات شريكا المفاوضة - المباشر منها وغير المباشر - سواء في تبعات تصرف كل منهما، وهو حكم شريكي العنان عند المالكية والحنبلة بناء على الضابط من أن حقوق العقد لا تختص بالعائد. وترتب على هذا الاختلاف في الحكم بين العنان والمفاوضة في ما هو من حقوق العقد:

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٤ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ .

(٢) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٦٤ .

(٣) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٥٦، ص ٧٢٢ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ .

(٥) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢ / ٣٢٤ .

(٦) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٤ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ - ابن قدامة، المغني، ٥ / ١٤ .

(٧) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٢ .

أ) أن المفاوضات إن اختل أحد شروطها فانقلبت إلى عنان يختفي معنى الكفالة، وإن بطلت لوفاة أحدهما تنتهي صلاحية التوكيل والتوكل بوفاة صاحب الأمر، وعليه:
 ففي حالة الوفاة لا يملك من لم يل المداينة أن يقبض الدين - إن كان الحي منهما لم يل العقد - لأن الشركة بطلت فبطل ما للشريك من صلاحيات، أما إن كانت الوفاة لغير من ولي العقد، فإن الذي ولي المداينة له أن يقبض الجميع^(١)، بمقتضى حقوق العقد، فلا يبطل هذا الحق بانفساخ الشركة لموت الشريك، كما لا يبطل بالعزل، وكأن حقوق العقد أقوى أحيانا من انفساخ الشركة^(٢). والذي تجدر ملاحظته هنا؛ أن حقوق العقد هي مركز الحكم في الشركة عند الحنفية، بدليل أن المفاوضات وإن كانت الكفالة فيها مرتبطة بتحقق شروطها وجودا وعدما، إلا أنها إذا انتقضت عدنا إلى الأصل من تعليق حقوق العاقد بالعاقد.

وكان الحنفية في حقوق العقد غيبوا فكرة أن الشركة تتعقد على الوكالة، وأن كل شريك هو وكيل الآخر في ما كان من حقوق العقد، وإن كانت الوكالة هي أساس مشروعية التصرف بعد ذلك. أما عند الحنابلة فإن حقوق العقد وإن كانت لا تتعلق بالعاقد، إلا أنها تتقاطع مع دائرة أخرى هي ما يملكه الشريك من التصرفات، وهم قد ضبطوها عموما بما كان من عادة التجار، وجرى عليها عرفهم. وكأنني أرى الضابط عندهم [حقوق العقد تتعلق بالعاقد ما دام الفعل من صنيع التجار] وخالصة هذا الضابط؛ أن الشركة إن كانت من النوع البسيط والذي قوامه مباشرة الشريك لأعمال الشركة، فإن قول الحنفية فيه أعدل، وإلا بأن كانت الشركة من النوع الخاص اليوم، فإن الشركة كإسم، أو منتج هو الذي يتحمل حقوق العقد.

٣- الضابط: [من ملك قبض شيء ملك المطالبة والمخالصة فيه] ^(٣)

والضابط أراه نتيجة القول بحقوق العقد، فإن كانت الشركة عنانا فللمباشر منهما عند الحنفية، ولكليهما عند الحنابلة، وإن كانت مفاوضة فلهما جميعا.

ومن تطبيقات الضابط: ماتقرر في شركة التضامن من أنه يحق لكل من له التزامات على الشركة، مطالبة أي من الشركاء بها كلها أو بجزء منها حسب رغبته^(٤)، وكأنه من أعمال رأي الحنابلة .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٥ . على أن القبض في الحالة الأولى للورثة، ويعود من لم يل العقد عليهم بحقه .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ٢٢ .

(٤) هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (١٢)، البند ٤/٢/١ .

الضابط الثاني:

[استواء الشريكين في ولاية التصرف، والفسخ، واستحقاق الربح بقدر المالين]^(١) والضابط يمثل القاعدة التي بنى عليها الشافعية الأحكام في شركة الأموال، حيث أنهم لم يصحوا غيرها، والحكم ممتد هنا مع ما تقرر من أن الشركة عندهم لا تكون إلا في الأموال، وأن يسبق العقد خط للمال.

والضابط يقرر المساواة بين الشركاء في شركة الأموال في محاور الشركة الرئيسة وحق كل شريك في العمل والربح والفسخ.

هذا الأصل متفق عليه من حيث الجملة، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتنازل الشريك عن بعض حقه كما قرر الحنفية - في غير المفوضة - بأن يعمل أكثر من غيره، وأن يُزاد له في الربح، والعبرة عندهم بما أثبتته الشرط^(٢).

المطلب الثاني: ضوابط شركة الأموال:

وأعرض في هذا المطلب ما اشتهر من شركتي العنان والمفوضة، مع أن كل واحدة منهما إنما هي حالة من التعامل والأحكام يصدق حكمها على أنواع الشركة الأخرى من الأعمال والوجوه كما قرر الحنفية، فلما كانت أحكامها في الأموال أعم وأظهر، بدأت بها. وكتوطئة لهذا المطلب أعرض الضوابط التي يظهر للمتأمل أنها عمدة أحكامه، وهي من الإطلاق بحيث قد يُنتخب بعض أحكامها في مواضع أخرى من هذا الفصل.

الضابط الأول:

[كل ما كان إتلافاً للمال، أو تملكاً بغير عوض، فليس لشريكي العنان والمفوضة القيام به إلا أن ينص عليه]^(٣)

[كل ما أثبت حقوقاً للغير في المال، أو عرضه للخطر، أو كان فيه غرر يمنع منه الشريك بمطلق الإذن في عقد الشركة، ويحتاج إلى إذن خاص]^(٤).

وجاء التعليل له بالحكم الضابط: [المخاطرة مفسدة للمعاوضات]^(٥)

وزمام الأمر هنا أن: [الوكيل العام يملك المعاوضات لا الهبات ولا الإعاق]^(٦)

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٣.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨١-١٨٢.

(٣) شيخ زادة، مجمع الأثر، ١/ ٣٤٣ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠١ - ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ٢٣٨.

(٤) صغت هذا الضابط من مجموع الأمثلة التي عرضها: ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٦٦، ١٦٧.

(٥) زيد الخير، تلخيص الفوائد وتجميع الفرائد شرح الألفية الفقهية على مذهب السادة المالكية، ٢/ ٧٢٦.

(٦) حمزة، محمود، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، ط ١، ١٩٨٦، دار الفكر، دمشق، ص ٢٣٨.

أولاً : توضيح مفهوم الضابط:

الغرر: هو مجهول العاقبة^(١)، أو هو ما طوي عنك علمه^(٢) .
والخطر: هو ما كان فيه احتمال الوجود أو العدم^(٣) .
وعلة هذا الضابط: أن الشريك الأصل في تصرفاته أن تكون مما فيه النظر وما يحقق مصلحة العمل^(٤)، ويمكن الاستهداء في ذلك بما جرى عليه عرف التجار، لأن كل ما كان فيه إسقاط حق من حقوق الشركاء، أو تعريض مال الشركة للإتلاف غير المقابل بفائدة محققة، أو ما كان فيه تكليف بتبعات جديدة فإن شريك العنان لا يملكها، إلا أن يؤذن له في خصوصها .
وكأني أرى ضابط ما احتاج إلى إذن خاص: [ماخالف مقتضى العقد أو ناقض مقصوده من

تحصيل الربح]

وفرق المالكية بين ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وما يتسامح معه فيها من العقود؛ فأما ما كان من باب المماكسات، والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال، وما يقصد به تحصيلها فالواجب اجتنابه^(٥) .
إلا أن ابن تيمية كان له رأي مغاير لما عند المالكية؛ فالغرر حرم في المعاوزات لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل، وأما في الشركات فلا يأكل أحدهما مال الآخر، لأن ما يذهب في الخسارة يتحملانه جميعاً^(٦) .
ولكن الذي أراه مانعاً في الشركات هو أن يظلم أحدهما الآخر، بتعريض المال للخسارة، والخروج بالعقد عن غايته.

ثانياً: تطبيقات الضابط العملية :

١- ما كان فيه إثبات حقوق بالمال:

-الاستدانة: ليس لشريك العنان ولاية الاستدانة بمطلق عقد الشركة^(٧)، ويقصد بالاستدانة في الشركة: أن يشتري بأكثر من رأس المال، أو بثمن ليس معه من جنسه، فإن خالف وفعل وقع الشراء له^(٨)

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٢ / ٢٩ .

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٥١٢ / ٦ .

(٣) توصلت إلى هذا المعنى من خلال المثال في: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٢ / ٢٩ .

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ٢٨٠ .

(٥) القرافي، شهاب الدين أحمد، الفروق، ط١، المكتبة العصرية، بيروت، ١، ١٧٢ / ٢٠٠٢، الفرق الرابع والعشرون .

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٩٩ / ٢٠ .

(٧) البيهقي، مجمع الضمانات، ص ٣٠١ - ابن عابدين، الدر المختار، ٣ / ٣٤٥ .

(٨) المطيعي، تكملة المجموع، ٢٥ / ١٤ .

فما اشتراه أحدهما من غير مال الشركة- ما جازوه- لا يلزم الآخر لأنه يصير مستدينا على مال الشركة^(١)، وعلّة المنع: أنه يدخل في الشركة أكثر مما رضي الآخر أن يشارك به من رأس المال.

ومن تطبيقات الاستدانة: ما يحدث من طلب الشريك فتح اعتماد مصرفي؛ يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة، والميزة فيه هي خلق مركز ائتماني للعميل يطمئن فيه إلى حصوله على حق قائم في اقتراض مبلغ معين، يمكنه من استعماله متى شاء^(٢). فهو وعد بقرض، وفوق ذلك يلزم سداده تكلفة زائدة تحت بند العمولات، وبذلك يتأكد أن الفعل لا يملكه الشريك إلا بالإذن الخاص.

٢- ما عرض المال للخطر: ومن أمثله:

أ- لا يرهن ولا يرتهن شريك العنان بدين، فإن فعل ورهن متاعا من الشركة؛ ضمنه، وإن ارتهن ثم هلك الرهن في يده، وقيمته مثل الدين، فإنه يذهب بحصته من الدين، والشريك الآخر بالخيار إن شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع بدوره على المرتهن، وإن شاء ضمن الشريك، لأن هلاك الرهن في يده استيفاء، وهو لا يملكه في العنان^(٣)

ويمكن أن نستأنس هنا بالضابط: [كل من قضى دين غيره بغير إذنه فهو متطوع]^(٤). وسبب المنع من الارتهان في ما أرى ليس من حكم الضابط؛ لأن الرهن من عقود التوثيق، وهي مطلوبة هنا لما فيها من المصلحة، ولكن المانع هو أن تحصيل الدين ليس من التصرفات المأذون بها لشريك العنان حيث لا كفالة بين المتشاركين، فالمخالفة هنا لأصل العقد وليس لحكمه. وهو الأمر الذي سارت عليه المصارف الإسلامية لما جرى عليه عرفها من طلب الرهن من المتعاملين معها في أنماط الاستثمار التي تعقدها بوصفها شريكا، فهو من باب ضمان الحق . ومن المفهوم المخالف للضابط الرئيس، جاء الضابط التالي: [كل ما كان لأحد الشريكين أن يعمله إذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله، فإن عمله ضمن نصيب شريكه]^(٥) وعليه لو قال الشريك للآخر: أخرج بتجارتنا إلى بلد ما؛ فتجاوزها فهلك المال، ضمن المخالف حصة شريكه لمكان التعدي^(٦) .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٢ .

(٢) حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٢٧٥، ٢٧٣.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٤ .

(٤) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ٢٣٩ .

(٥) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/ ٣٢٣ .

(٦) المرجع السابق، ص ٣٢٣، ٣٢٤ .

ولذلك فإن بيع الشركة المساهمة لا يكون إلا بعد موافقة غالبية الجمعية العمومية أولاً، ثم موافقة وزير الصناعة والتجارة؛ وكأن مبررات القانون في ما يظهر أن تتحقق الجهات العليا - وهي جهة محايدة - أن قرار البيع من قبل الهيئة الإدارية له وجاهته العملية، وأن مصالح البيع تفوق مفسدة الإبقاء على الشركة (١)

ب- ولا يأخذ بالمال سفتجة؛ وتعرف السفتجة بأنها القرض لسقوط خطر الطريق (٢)، وسبب المنع ما فيها من الخطر، وهي في جوهرها إقراض، وأخذ السفتجة من وسائل ضمان المال (٣)؛ وصورتها: أن يدفع شيئاً إلى إنسان من مال الشركة ويأخذ منه كتاباً - كمبيالة - إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه المال، ولا يعطيها؛ بأن يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بئمن ذلك كتاباً - سند قبض - إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه ذلك؛ إلا أن يأذن له الشريك (٤)، وأجازها أبو حنيفة عليهما، فلا يضمن الشريك وإن توى المال، أما عند أبي يوسف إن فعل وأخذها يضمن حصة شريكه إن توى المال (٥)، وأصل الخلاف بينهما اختلافهم في الكفالة؛ لأن الكفيل في حكم المقرض، ومن جوز الكفالة جوز القرض (٦) والفيصل هنا حقيقة هو عرف التجار؛ فإن الشركات التي تقوم بخدمة البريد السريع باتت اليوم من ضرورات عمل الشركات، وبعد أن كانت تدرج في باب تعريض مال الشركة إلى الخطر، أصبحت من أكثر الوسائل أمناً.

٣- ما كان من التمليك بغير عوض - إتلاف المال - : ومن أمثلته:

أ- الهبة: ونفرق هنا بين ما خف وهان، وبين ما عظم أمره، أما هذا فلا، وأما الهبة في ما يؤكل من نحو لحم، أو خبز، فهو من الإحسان الذي جرى العرف ببذله وهو من صنيع التجار (٧)؛ من هذا ما يبذله أرباب الشركات التجارية في رمضان لطالبي الحسنة من قليل المال، فهو عفو. وعند المالكية جاء الضابط بأن يكون الموهوب: [مما خف، أو إن استألف] (٨)

(١) توصلت إلى هذه النتيجة من خلال قرار بيع شركة الأدوية الأردنية وما جاء من موافقة الوزير على ذلك، وأكد هذه النتيجة معالي

مراقب عام الشركات في مقابلة أجريت في مكتبه يوم: ٥/ ٦/ ٢٠٠٨ .

(٢) حمزه، الفرائد البهية، ص ١٠٣ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٥ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٥. وفرق سامي حمود بين السفتجة والحوالة البنكية؛ لأن التحويل المصرفي يتم بطريق القيد الحسابي

بين المصرفين المتوسطين في العملية، انظر، حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٣٣٩ .

والكلام منسجم مع الضابط، فالحوالة البنكية لما كان القبض فيها يتحقق بالقيد الحسابي؛ فإنه بذلك ينتفي مانع الخطر الذي قيد

الضابط به، بمعنى أنه لم يتحقق فيه - التحويل - مناط الضابط.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٥ .

(٦) المرجع السابق.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٢ .

(٨) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٦٤ .

وعليه يجوز لأحد الشركاء الدعوة إلى حفل استقبال من باب الدعاية للشركة، بدون سرف، وإن كان مال الشركة يحتمل، والمرجع في ذلك إلى العرف^(١).

ب- **القرض**: فليس لأحدهما أن يقرض؛ لأن القرض هبه في الحال، عوض في المال^(٢).

ج- **الإعارة**: ولا يعير شيئاً من شركتهما، لأنها في القياس تبرع بالمنفعة من غير بدل، وذلك خلاف مقتضى المفاوضة^(٣)، وفي العنان من باب أولى.

فإن خالف وهلكت العين المعارة تحت يد المستعير، كان المعير ضامناً نصف قيمتها وذلك في القياس، وأما استحساناً فلا يضمن؛ لأن من لا يعير لا يعار، وكأن الإعارة من توابع التجارة^(٤). وذلك كالشريك يعير واحدة من سيارات الشركة، فتعطب بحادث تحت يد المستعير، فنجري الحكم وفق القياس، وأما ماخف من الأعيان - كالعدد اليدوية - فنقول في إعارته بالاستحسان.

والضابط فيه: أن [الدافع بغير حق ضامن كالقابض] ^(٥).

د- لا يملك الشريك أن يبيع مال الشركة بأقل من الكلفة - وضعية - من غير عيب؛ لأنه تبرع فيقع في حصته، أما إن كان الحط لعيب؛ فإن كانت مصلحة الشركة فيه أرجح قبل؛ لأن له أن يقبل فإن يحط من عيب أولى، وهو من النظر للشركة وأما أن له أن يقبل؛ فلأنها في معنى الشراء عند الحنفية، حتى أن له أن يقبل في بيع باعه الآخر، والمعيار دائماً مصلحة التجارة^(٦).

ه- وليس للشريك أن يقبل المعيب شراء^(٧)، إلا أن تكون تجارة الشركة من هذا الباب، وهي تجارة راجت هذه الأيام من التجارة في تالف المصانع العالمية التي تقيم فروعاً لها في بلد الشركة، أو ما وقع فيه خلل في المواصفات المطلوبة على المستوى العالمي، فتباع بثمن بخس للعيب، مع جودة المواد الأولية.

وفصل الشافعية في حكم رد المعيب مما اشترياه؛ فإذا اشترى معاً صفقة قمح مثلاً، وبانت

فاسدة، فإن اتفقا على الإبقاء أو الرد، عمل بقرارهما، فإن أراد أحدهما الرد كان له ذلك في نصيبه^(٨).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢١٠ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ - السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٥ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٦ .

(٤) المرجع السابق، ص ١٩٦ .

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢٠٩ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧١ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢ / ٣٢٤ .

(٧) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ٢٨٠ .

(٨) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٦ .

وإن تولى أحدهما العقد؛ فالحال يختلف بين أن يذكر أنه يشتري له ولشريكه-أي باسم الشركة-، أو لا، فإن لم يذكر عند العقد، واشتراه بصفته الشخصية، ثم قال بعدها كنت قد اشتريته للشركة؛ لم يقبل قوله على البائع، فلا يملك الرد، وإن ذكر أن الشراء للشركة، فهل يملك تفريق الصفقة وأن يرد حصته؟ قولان:

الأول: نعم لأن البائع علم بتعدد الشراء لما علم بالشركة، (لأن افتراق الملك من جهة البائع يوجب تفريق الصفقة)^(١)

الثاني: لا يرد بالعيب وإن ذكر تعدد الشركاء، (لأنه في الصورة واحد فصارت الصفقة به واحدة)^(٢)

وهذا القول ينسجم وما استقر عليه الحال اليوم، من أن الشراء للشركة كشخصية معنوية، وكإسم تجاري مثبت مع تعدد الشركاء.

الضابط الثاني:

- [كل ما كان من عادة التجار، وفيه مصلحة التجارة، فإن الشريك يملكه بلا إذن خاص، وما لا فلا]^(٣). وجاء الضابط بصيغة أخص: [ما كان من عادة التجار، وكان مما يحتاج إليه، وفيه حفظ أموال الناس، فللشريك أن يفعله]^(٤)

- [الشركة تنعقد على عادة التجار]^(٥)

- [إطلاق الإذن يحمل على العرف]^(٦)، وهو هنا عرف أصحاب الصنعة من التجار.

والكلام في هذا الضابط يقرر أن الشركة بما هي وسيلة لاستثمار المال وصولاً إلى الربح، فإنها تتعقد على عادة التجار، والسبب في هذا العموم؛ أن الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة، وهذه تصح بدون تفصيل نوع المشتري أو صفته بعد تحديد جنسه، ومن ثم فإن للشريك أن يعمل ما تؤهله هذه الوكالة أن يعمل عرفاً^(٧)، أضف إلى ذلك أن الوكالة الضمنية- المندرجة في عقد الشركة- أقوى من الصريحة^(٨)، لما فيها من السعة في التصرفات حتى شملت ما اعتاد

(١) الماوردي، الحاوي، ٤٨٦/٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/ ٣٤٢، ٣٤٤ - البهوتي، كشاف القناع، ٣/ ٥٣٥.

(٤) ابن قدامة، هامش المقنع، ٢/ ١٦٩.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٣.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ٣/ ٥٣٨.

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٩٠ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٦، ٥٧.

(٨) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٨٠.

عليه التجار وجرى عليه عرفهم، بخلاف الوكالة الصريحة لأنها في تصرفات محددة، ولا يملك الوكيل فيها أن يتجاوز الأمر.

وأبين هنا الأعمال التي يملكها الشريك، ومدى الانسجام بينها وبين عرف التجار، ثم مدى قابليتها للتطوير بناء على إطلاق الضابط.

أولاً: مجموعة التصرفات التي يملكها الشريك عموماً في شركة الأموال:

والأساس الذي بنيت عليه الأحكام هنا هو أن [جميع أنواع الشركات تنعقد على الوكالة] ^(١)

وأن: [يد الشريك عنان في المال يد أمانة، لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البذل -

معاوضة كما في سوم الشراء - أو على وجه الوثيقة - كالرهن - فصار كالوديعة] ^(٢)

والأصل في الأمانات حفظها، وحفظ الشيء بمعنى القيام بحقه وأداء واجبه، وهو في المال المتوافد للاستثمار بتنميته وزيادته.

ونفصل التصرفات بناء على ما تقرر في الضابط الرئيسي من خلال الضوابط الفرعية التالية:

الضوابط الفرعية:

(١) الضابط الفرعي: [من ملك الأعلى ملك الأدنى] ^(٣)، وهو من المقررات العقلية، والضابط يمثل

الوجه الآخر لما ثبت من أن الشيء لا يستتبع مثله.

ويملك الشريك ابتداءً أن يستأجر من يعمل في مال الشركة، وبناء عليه فإن له - على قول -:

أ- **الإبضاع:** بمعنى دفع مال الشركة إلى من يعمل به بلا مقابل، وأن يكون الربح كله لرب

المال، وهو تحصيل بدون عوض ^(٤)، والشريك لما كان له أن يستأجر، كان له الأدنى.

ب- **المضاربة دفعا:** فالشريك يملك أن يدفع مال الشركة في مضاربة؛ لأنه يملك أن يستأجر من

يعمل فيه بأجرة ثابتة، فأندفعه إلى من يشاركه في الربح إن حصل دون مؤنة الأجرة أولى،

فهو تحصيل بدون ضمان في الذمة، مع ما فيها من الاسترباح ^(٥).

وقيل: إن المضاربة نوع شركة في الربح، والضابط الذي تحقق فيه المناط هنا هو: **[الشيء لا**

يستتبع مثله] ^(٦) ورد عليه: بل هو من إطلاق الكسب ^(٧)

(١) البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٦٠ .

(٢) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٨٥ .

(٣) البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٨٣ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٥ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٣. وقد يكون الإبضاع بأجر، فيكون من الاستئجار، ولكن

غلب عليه التبرع.

(٥) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٨٣ .

(٦) المرجع السابق .

(٧) البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٨٤ .

وعليه؛ فإن الشريك يملك استثمار مال الشركة بالودائع الاستثمارية، ضمن حسابات الاستثمار المخصصة،^(١) ولا أراه يملك الاستثمار في الحسابات المشتركة، والتي تدار بطريقة المضاربة المطلقة؛ عملاً بالحكم في أضيق الحدود وأضمنها، وأن يضارب بجزء من المال لا كله.

٢) الضابط الفرعي: [كل ما جرت العادة أن يتولاه الشريك بنفسه إن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه، وما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر] ثم إن فعله ليأخذ أجرته؛ وجهان^(٢) والضابط يتناول مستلئين:

الأولى: ما جرت العادة أن يفعله الشريك بنفسه، وما جرت الاستنابة فيه.

والثانية: مدى التزام الشريك أو مخالفته بالاستئجار على العمل.

فالشريك له أن يستأجر من يقوم معه بالتزامات التجارة؛ لتفاوت مستويات العمل، وليست العادة أن يمتن أصحاب المروءات أعمال الصانع، ثم إن اتساع نطاق الشركة لا يستقيم معه أن يطالب الشريك بكل عمل في كل ناحية، فكان المنطق العقلي والواقعي أن يستأجر في ما لا يستطيعه - حساً أو عرفاً - من الأعمال، حتى إذا كان العمل مما يمكنه القيام به بنفسه؛ فإن الاستئجار عليه يدل على تجاوز في حقوق الشركة، وكان الحكم بتغريمه الأجرة.

والضابط وإن كان في الاستئجار على المنافع؛ إلا أنه أولى في استئجار الأعيان، لخدمة أغراض الشركة.

ومن التطبيقات العملية التي تحقق فيها مناط الضابط :

- أن الشريك له المهاية في ما تملكه الشركة مع آخرين؛ بمعنى تقاسم المنافع، إن كان في المهاية تحقيق مصالح الشركة دون تغريمها الأجرة.

- ومن مقتضيات الضابط أن الشريك يملك أن يوكل من يتصرف في المال بيعاً وشراءً؛ لأنه من توابع التجارة^(٣)، وضرورة التوكيل والسماح به استحساناً - لأن الوكيل لا يوكل -؛ لأن الربح يتحصل بالتجارة الحاضرة والغائبة، وليس كل أحد يملك مباشرة الأمرين فاحتاج إلى التوكيل في بعضه، فيصير الإذن في ذلك معروف دلالة^(٤)

(١) انظر أشكال الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية: هيئة المحاسبة والمراجعة المالية الإسلامية، معيار شرعي ٤٠،

البند ١/٢

(٢) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٦٩ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٨٤ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٩٠ .

٣) الضابط الفرعي: [كل من له أن يعير له أن يودع، ومن لم يكن له أن يعير فليس له أن يودع] (١)

والشريك عموماً في القياس ليس له أن يعير؛ لما فيه من تعريض المال للخطر كما تقرر سابقاً، والضابط يقرن بين الإعارة-بذل منفعة- والإيداع-أخذ منفعة- ويجعل المناط العام فيهما واحداً؛ من تعريض المال للفوات، إلا أن مناطاً خاصاً تحقق في الإيداع وهو التصرف بما جرى عليه عرف التجار، وفيه في واقع الأمر حفظ للمال، فقيل بالجواز استحساناً؛ لأن من لا يعير لا يعار (٢).

ومثاله اليوم أن يكون مال الشركة مودعاً في حساب بنكي باسم الشركاء كأفراد أو باسم شركتهم، بل إن غير ذلك بات اليوم هو المخالف لعرف التجار، والمعيار العام هو المصلحة. ٤) الضابط الفرعي: [مطلق الإذن يقتضي البيع بثمن المثل] (٣)، و [مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بالنقد] (٤) وعلل لهذا الأخير: بأن [الثابت بالعرف كالثابت بالشرط] (٥) وتتناول الضوابط هنا تصرفات الشريك بالبيع والشراء نسيئة، وبما لا يتغابن الناس بمثله من الأثمان؛ هل يبقى على مطلق الإذن بالعمل والذي توافق عليه الشركاء يحكمهم فيه عرف التجار، أم يجري الحكم عليهم بما وقع من الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً؟ أما أبو حنيفة فالشريك عنده كالوكيل في الوكالة المطلقة ببيع بالنسيئة جرياً على عادة التجار، ولأن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يقيد (٦)، فبييع الشريك بقليل الثمن وكثيره، لا بما لا يتغابن الناس بمثله؛ لأنه مستثنى من العقد دلالة لأن غرضها الاسترباح (٧) وقيد الشراء بالنسيئة إن كان في يده مال ناض، وعند أبي حنيفة وإن كان معه دنائير والشراء بالدرهم (٨)، فإن لم يكن معه ناض؛ وقع الشراء له، لأننا لو صححنا الشراء صار مستديناً على الشركة، وهو لا يملكها بدون إذن (٩)، والحكم كذلك لو كان معه عروض فاشترى بمثلها نسيئة

(١) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ١٨٤ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٦ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٧٥ .

(٣) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/٧٧ .

(٤) هذا الضابط هو نتيجة ما عرضه الشافعية من أمثلة عملية على تصرفات الشريك. انظر: الشريبي، مغني المحتاج، ٣/٢٢٧ .

(٥) التسولي، البهجة شرح التحفة، ٢/٣٣٧ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/١٨٨ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٨ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٨ .

(٨) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٨٤ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٩ .

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٨ .

جاز، وإلا بأن كان عنده عروض فاشترى بالدنانير نسيئة لم يصح، لما استقر عليه القول من أن العروض لاتصلح رأس مال^(١).

والحقيقة أن المناط العام هو ما جرى عليه عرف التجار، وكان فيه مصلحة التجارة، وعليه فلا مانع من الشراء نسيئة إن كان الشريك معه عروض قابلة للتصريف، أو المقايضة إن اضطر، ولا معنى للتضييق على الشركاء بأن العرض لا يصح حصة من رأس المال، وهو ما قرره المالكية عندما قالوا بصحة شراء شريكي المفاوضة، وإن جاوز رأس ماليهما^(٢).

ويمكن للشركاء فتح اعتماد حساب جاري؛ يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل - الشريك هنا - خلال مدة معينة، والذي يقوم بدوره بتغذية حسابه الجاري بالسيولة^(٣). وبناء على ما أوجبه الضابط العام من وقوف الشركاء في تصرفاتهم عند حدود عرف التجار، فيمكننا تقرير الضوابط التالية كنتيجة لذلك:

[في كل موضع صح التأخير لا يكون الشريك ضامنا]^(٤)

[من آخر كان التأخير في نصيبه إذا لم يكن في قسمة الدين ضرر]^(٥)

والضابط يعرض حكم تأخير الدين؛ وموضعه الذي لا ضمان فيه ما كان من عادة التجار؛ استئلافاً ليعامله في المستقبل، أو لتحسين السمعة مثلاً^(٦)، أما إن آخر ولم يجد الغريم بعده؛ ضمن لشريكه نصيبه وذلك عند المالكية^(٧)، وقيل إن آخر استئلافاً ولم يجد الغريم لم يضمن؛ إلا أن يكون الغريم مما يخشى عدمه، فيصح التأخير في نصيب أحدهما دون الآخر. والأقوال هنا أراها من باب النظر في ما إذا كان التأخير يخالف مقتضى عقد الشركة، أو أنه من حدود المأذون به عرفاً. وعليه فإن الشريك يملك أن يعقد سلماً؛ نعم الضابط يعرض حكم تأخير الحق النقدي المترتب في ذمة الآخرين للشركاء؛ ولكنه يتناول بعمومه تأخير حق قبض المثلث في عقد السلم.

هذا إن كان الموضوع فيه تأجيل، فكيف إن كان فيه تعجيل فهل يملكه الشريك؟ والمثال هنا في خصم الأوراق التجارية؛ بحيث يقدم العميل للمصرف سندا تجارياً قبل حلول موعد استحقاقه من أجل الحصول على قيمة السند حالاً، بعد خصم العمولات - الأجر - التي يتقاضاها المصرف حسب

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٨ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/٣٢٥، ٣٢٦.

(٢) القرافي، الذخيرة، ٨/٥٧.

(٣) حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٢٧٤.

(٤) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/٣٢٤ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(٥) القرافي، الذخيرة، ٨/٥٩.

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨/٥٩.

(٧) المرجع السابق.

الاتفاق^(١)، فإن كان من أجل توفير السيولة اللازمة لعمل الشركة فهو مطلوب، ما لم يقم الشريك في بدل فائدة فيمنع، أو يكلف الشركة بدل خصم.

ثانياً: مجموعة التصرفات التي يملكها الشريك مفاوضة خصوصاً:

وقبل عرض مجموع التصرفات التي يملكها شريك المفاوضة خصوصاً والتي تحقق فيه مناط الضابط الرئيسي من جريانها على وفق عرف التجار، أذكر بالأصل الذي قرره الحنفية من أن كل ما يملكه شريك العنان من التصرفات فالمفاوض فيه أولى؛ لأنه أعم تصرفاً^(٢).

بخلاف ما عند المالكية من تصرفات شريك المفاوضة - حسب مفهومهم - تجري في حق شريك العنان^(٣)، فالأحكام في شريكي المفاوضة وإن اتفقت في شيء منها بين المذهبين، فإن الضوابط الفقهية تصدق بالعموم عليهما.

وأسوق هنا ما أدى المعنى المطلوب من توضيح ما للشريك عمله من ضوابط تقريرية، مع ترك التفاصيل منها في محله من ضوابط المفاوضة.

١- ضابط: [شريكي المفاوضة يتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه في ما له، وما عليه من مال التجارة]^(٤)

والضابط: [المتفاوضان في ما هو من صنيع التجار كالشخص الواحد]^(٥)

والكلام هنا في شريك المفاوضة عند الحنفية، حيث اتسعت دائرة الأحكام في حقه لما استقر من أن مبنى شركة المفاوضة على الوكالة والكفالة، بمعنى أن الشريكين يتضامنان في تصرفاتهما والتزاماتهما، بحيث يصبح التعامل معهما كالتعامل مع الشخص الواحد .
وعليه:

(أ) [ما جاز لأحد شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه إذا فعله، فيجوز لأحد شريكي

المفاوضة أن يفعله]^(٦)، وكأن ضابطه: [المفاوضة أعم من العنان]^(٧) والخاص من أفراد العام.

(١) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٢٨١ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٥ .

(٣) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٥٢ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٨ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ٢٨٠ .

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٨٩ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ .

ب) وتفرع عنه ضوابط أكثر تفصيلاً: [كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان، فهو شرط لصحة شركة المفاوضة] ^(١) وأن [ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة] ^(٢) والضوابط تؤكد ما سبق عرضه من تصرفات الشريك عنان - لأنه المتبادر وهو الحد الأدنى للقبول -، وتزيد عما انعقدت عليه الشركة من عرف التجار، كأثر لحكم الكفالة الذي قامت عليه المفاوضة. والتصرفات هي:

أ - للمفاوض أن يستقرض مالا للتجارة، ويلزمهما لأنه تملك مال بمال بمنزلة الصرف ^(٣).

ب - يخاصم، لأن [من ملك المطالبة ملك المخاصمة] ^(٤) بينما الخصومة في العنان للمباشر فقط.

ج - ولأنهما كالشخص الواحد، فإن [كل خصومة في ما ينتظمه عقد الشركة، فاليمين توجه فيها لأي من المتفاوضين] ^(٥).

د - يرهن ويرتهن، لأنه من باب الإيفاء والاستيفاء، وهما يملكانه ^(٦).

هـ - لشريك المفاوضة أن يشارك غيره عنان وذلك عند صاحبين؛ لأن من ملك الأعلى ملك الأدنى، والعنان أخص ^(٧)، وعند أبي حنيفة في رواية أن المفاوض لا يملك أن يشارك آخر عناناً؛ منعا من الإضرار بالشريك الأول في ما يوجبه في مال الشركة من حقوق لطرف ثالث، فاحتاج إلى الإذن ^(٨).

وهل له أن يفاوض؟ روايتان: الأولى يجوز عليه وعلى شريكه، وذلك مقتضى العموم في المفاوضة، فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر، والثانية: لا يملك ذلك لأن الشيء لا يستتبع مثله ^(٩).

هذا ما يملكانه، وأما ما يمنعانه فكل ما لم يقابله عوض في الحال ليس لأحد شريكي المفاوضة عمله إلا بالإذن الخاص؛ من الهيئة، أو الإقراض، أو الصدقة ^(١٠)، والحكم ينعكس على شريكي العنان؛ لأن ما منع منه المفاوض - لخروجه عن مقتضى العقد - فشريك العنان بالمنع أولى.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٢ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) البيهقي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٠.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٤.

(٥) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٩٥.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٠ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٤ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٤.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

(١٠) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٥ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٥.

ومن التطبيقات العملية:

أن الشريك ليس له جدولة الديون-تأخير سدادها بعد موعد الاستحقاق- بسعر فائدة أعلى، أو استبدال قرض واجب السداد بقرض جديد بسعر فائدة مرتفع.

الضابط الثالث: في الضوابط العامة في شركات الأموال :

- عند الحنفية: [قول الشريك: اعمل برأيك جاز لكل واحد منهما أن يعمل ما يقع في التجارات]^(١)

- عند الشافعية: [الشريك المأذون في التصرف؛ له أن يتصرف بلا إضرار]^(٢)

الضابط يضع الخطوط العريضة للمساحة التي يسمح للشريك العمل فيها؛ فهي وإن أطلقت إلا أنها محددة بما ينتظم أعمال التجارة، لأن الإذن العام الذي تضمنه التصريح لابد وأن يتقيد بغايات الشركة، وما وضعت له من الاسترباح، ومعناه تفويض الرأي للشريك بتوسيع دائرة التصرف ليتناول ما اقتضاه مطلق العقد وزيادة ما فيه مصلحة الشريك بحسب العرف، دون حاجة إلى إذن خاص بالرجوع، لأنه فوض الرأي إليه في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز كل ما هو من التجارة.^(٣)

وهو يتناول ابتداء مسائل البيع والشراء والاستتجار، والرهن والارتهان، والسفر بالمال وغيرها مما سنوضحه في الضوابط التالية.

وبناء على الضابط يُمنع الشريك من كل ما كان إتلافاً للمال، أو تمليكا بغير عوض، إلا أن ينص عليه^(٤)، فليس من مقتضيات اعمل برأيك: القرض، أو الهبة، لأنها من التمليك بغير عوض.

وإنما جاز له أن يقول له اعمل برأيك لأن [الشركة لما كان التوكيل فيها ضمناً، فإنه يغتفر في العمل، أو المعقود عليه - جهالة الجنس والنوع والثلث]^(٥)

لأن الأصل في الشركة العموم، وأما التخصيص فهو صفة الوكالة المحضة، لأن مقصودها تملك العين، وأما في الشركة فالتوكيل غرضه تحصيل الربح.

ويؤكد هذا المعنى؛ ما جاء في ضابط الشافعية وهو يتناول حدود دائرة العمل التي لا يسمح

للشريك المدير - أو المأذون له إن كان واحداً- أن يصل بتصرفه إلى حد إيقاع الضرر بالشريك

(١) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٠.

(٢) النووي، المنهاج متن مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٧ .

(٣) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/ ٢٧ .

(٤) النووي، المنهاج متن مغني المحتاج، ٣/ ٢٢٧ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٦ .

أو بماله، وذلك بالدخول في صفقات خطيرة غلب ضررها على نفعها، أو ارتكاب مخالفة يترتب عليها التزام قانوني على الشركة بوصفها شخصية اعتبارية، فيطال الضرر الشريك الآخر. ولقد انتقد بعض الشافعية هذا الشرط - عدم الإضرار - وقالوا إن في ذلك وصولاً إلى مرحلة خطيرة يفترض أن تكون ممنوعة ابتداءً - كالمشتبهات بالنسبة إلى الحرام - فقررُوا أن شرط صحة العمل إنما هو تحقيق المصلحة وليس مجرد نفي الضرر^(١).

فكان الضابط عندهم [كل متصرف بولاية إذا قيل له افعل ما تشاء فإنما هو لمصلحة مشروعة]^(٢)

والضابط وإن كان في موضوع إطلاق الأمر من الشريك لشريكه بالتصرف وحدود هذا التصرف، إلا أنه يقرر الغاية النوعية التي تحكم التصرفات في الشركة وهي أن يحقق العمل مصلحة معتبرة بمنظار الشرع .

والضابط وإن كان في نطاق تصرفات الشريك الخاصة؛ إلا أنه يحدد ملمحاً عاماً للعمل ويؤصل له بأن يكون متوافقاً والعرف الخاص في مجال عمل الشركة، وأن لا يتجاوز حدودها العامة من المصلحة، فلا عرف يناقض مصلحة معتبرة .

التطبيقات العملية:

أ) من أشكال المشاركة اليوم ما يسمى بمؤسسات رأس المال المخاطر؛ وهي نمط من الشراكة بالمال يلج عالم الأعمال غير التقليدية، أفرزه التقدم العلمي في مجال التكنولوجيا والإلكترونيات، ويهدف إلى التغلب على عدم كفاية العرض من رعوس الأموال بشروط ملائمة من المؤسسات المالية القائمة - البنوك -، وإلى توفير التمويل للمشروعات الجديدة أو عالية المخاطر والتي تتوفر لديها إمكانيات نمو وعائد مرتفع .

فالمخاطرة تكمن في نوعية الأعمال التي يُقصد تمويلها، خصوصاً وأن التمويل غالباً ما يقدم للمراحل الخطرة، أو الابتكارات الجديدة، كما في أبحاث الشركات الصيدلانية غير المدعومة حكومياً، بمعنى أنها عملية مزج بين رعوس الأموال والإدارة الإبداعية، وصولاً إلى المنتج الجديد مرتفع العوائد .

فهل نحكم على هذه الأعمال وفق القاعدة: **[المخاطرة مفسدة للمعاوضات]**^(٣)، أم أن القاعدة حقيقة في أصلها تعرض لحكم الجهالة بالمعقود عليه، وهو ما كان محتمل الوجود والتحقق من عدمه؟

(١) الغمراوي، السراج الوهاج، ص 245 . ويمكن تحقيقهما جميعاً من خلال القول بنفي الضرر دفعا، وتحصيل المصلحة جلباً.

(٢) الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود، ١ / ١٨٨ .

(٣) القواعد المستنبطة من المدونة، ٢ / ٧٢٦ .

إن القاعدة ليس محلها الأعمال ذات المخاطرة العالية- وهي بالتالي ذات الربح المرتفع كما هو مقرر في علم الإدارة- بل هي في العقود التي يتنازعها احتمال الوجود والعدم، فهي من الغرر الممنوع.

ولكن الكلام في مجالات للعمل غير نمطية، أراها حقيقة من باب تحقيق الاستخلاف في الأرض، وتحقيق الغاية الشرعية للمال بأنه وسيلة إعمار لا غاية في حد ذاته، مع ضرورة توفر الشروط الشرعية في مجال العمل الخاص وغايته واعتبارات جوازه.

الوجه الآخر للضابط العام:

[كل ما كان من التصرفات يوجب في المال حقا للغير؛ احتاج إلى إذن خاص]^(١)

وعلة هذا الضابط، أن في قيام الشريك بعمل يفرض على الشركة التزامات لم يتناولها الشركاء في عقدهم نصاً، ولا اقتضاهاً موجباً، يعد خرقاً لنظام الشركة، فيمنع الشريك من الفعل إلا بالإذن. ومن التصرفات التي تحتاج إلى إذن خاص، لما مافيها من توسيع دائرة المستحقين في الشركة: ١- إن دفع مال الشركة مضاربة- بلا إذن أو قول اعمل برأيك- لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع، ولو هلك يهلك أمانة على قول الحنفية ما عدا زفر؛ فهو يرى أنه يكون مضموناً عليه بمجرد الدفع عمل الثاني أو لم يعمل^(٢).

وجه قول زفر؛ إن رب المال ما لم يقل للعامل اعمل برأيك، فالمخالفة حصلت بالدفع، فصار ضامناً كالمودع إذا أودع^(٣).

أما عند الجمهور من الحنفية؛ فقولان: لا يضمن بالدفع لأن مجرد الدفع إيداع، والشريك والمضارب كلا منهما يملك أن يودع، ولكن يضمن إن عمل المضارب وتلف المال عند أبي يوسف، وحتى يربح عند أبي حنيفة؛ لأنه ما لم يربح فالمضارب ليس بشريك^(٤).

ونخلص من هذه الأقوال؛ أن النظر كان إلى أمرين: متى بدأ اعتبار المخالفة، الثاني التبعات التي ترتبت على هذا التصرف .

وفي المساقاة؛ لا يملك العامل أن يدفع إلى غيره معاملة إلا أن يقول رب الأرض له: اعمل فيها برأيك، لأن الدفع إلى غير المساقى إثبات الشركة في مال غيره بغير إذنه فاحتاج إلى إذن خاص^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٩ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٩ .

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٨٧ .

وهو يضمن بمجرد الدفع؛ لأن عمل المساقى له تأثير واضح في نمو الزرع، ولا يمكن الرجوع عنه بعد البدء به، لأن أثر العمل لا يمكن قطعه أو رده، فقبل بالمخالفة من مرحلتها الأولى، وفي المضاربة يمكن رد المضارب قبل العمل، بل وبعده ما لم يظهر ربح^(١).

٢- وليس للشريك أن يشارك، ولا أن يخلط مال الشركة بغيره، ولا بماله إلا بالإذن أو التفويض^(٢)، ومن المشاركة بالإذن أو التفويض العام المزراعة وغيرها في ما رأى فيه مصلحة، لأن العمل برأيك إطلاق في ما فيه استثمار مال الشركة، ومنع من بذله بلا عوض مباشر-تبرع-.

ويمكن أن نستأنس هنا بالضابط [الشريك شركة مفاوضة أو عنان إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً]^(٣)، فهو وإن حصلت مخالفة وعاد لتصحيح الفعل عاد إلى ما يملكه بمقتضى العقد ابتداءً، وعند الشافعية العقد صحيح مع المخالفة ويعود إلى عمله لبقاء الإذن؛ بمعنى أن المخالفة لا تبطل أصل الإذن، وأما ما ترتب على مخالفته من التزامات فيضمنه^(٤)، ومع ذلك يلزمه الفعل؛ كما لو اشترى بأكثر من رأس المال مثلاً.

ومن تطبيقات الضابط العملية:

أ) ما تقوم به المصارف الإسلامية من كتابة العميل تفويض عام للبنك بالاستثمار في حسابات الاستثمار غير المخصصة؛ لأن مبدأ عمله يقوم على الخلط المتتابع للمال، وصولاً إلى الربح المشترك.

ب) وليس للشريك المساهمة في نظام الأسواق المالية على نظام المشتقات المالية والتي تعتمد اعتماداً أساسياً على معاملات وهمية ورقية شكلية تقوم على الاحتمالات، ولا يترتب عليها أي مبادلات فعلية للسلع والخدمات، فهي عينها المقامرات والمراهنات التي تقوم على الحظ والقدر^(٥).

(١) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٤٨، ص ٧٦٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧١ - اليهودي، كشف القناع، ٥/ ٥٣٦.

(٣) البيهقي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٧.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨٤.

(٥) شحاتة، حسين، أزمة النظام المالي العالمي في ميزان الاقتصاد الإسلامي، من موقع: www.rasoulallah.net.

وأعرض في ما يلي الضوابط الخاصة بكل شركة من شركات الأموال في فرعين:
الفرع الأول: ضوابط شركة العنان:

الضابط الأول في شركة العنان :

١- عند الحنفية: [كل ما اشتراه شريك العنان مما هو من جنس تجارة الشركة فهو بين الشركاء وإن أشهد أنه يشتري لنفسه، أما شراؤه من غير جنس تجارتهما فهو له خاصة]^(١) .
- وقبل ذلك تقرر لهم: [الأصل في الشركاء أن كل واحد منهم عامل لنفسه، ما لم يقر الدليل على عمله لغيره]^(٢) ومن الدليل أن يكون المشتري من جنس تجارة الشركة خصوصاً، وأن عقدا سبق التصرف يسوغ وقوع المشتري شركة فلا يخالف حكم العقد.
والكلام في الضابط عند الحنفية من آثار ابتناء الشركة على الوكالة، وهي تتأكد في ما إذا كان المشتري من جنس تجارتهما، أو عين له الشريك الآخر ما يشتري؛ لأن شراء ما اشتهرت به تجارة الشركة، وادعاء الشريك الاختصاص به يعتبر عزلاً لنفسه في غير حضرة الشريك، ومن قواعد العزل القسدي - بالفسخ أو ترك الشركة - أن يكون بعلم الشريك الآخر^(٣).
أضف إلى ذلك أن الشبهة متمكنة في تصرفه بأن يكون قد انتفع من مال الشركة - وهو أمانة تحت يده - أو من اسم الشركة وما فيه من تفويض يخوله التصرف؛ ما كان ليملكه إن تصرف باسمه الخاص، فهو وجه من وجوه التعدي يوجب الضمان، وأقل الضمان أن يقع المشتري للشركة وليس له خاصة.
ثم إن قصد السوء قد ظهر في تصرفه، والأصل في تصرفات الشريك النظر لما فيه المصلحة، فيعامل بنقيض مقصوده.
إلا أن المنع مشروط بالشراء ومال الشركة من النقود؛ حتى إذا صار مال الشركة عروضاً، فإن الشراء يقع للمشتري إن ادعاه^(٤).
وترتب على ضابط الحنفية الرئيسي ضوابط فرعية:

أ- [في ما ليس من تجارتهما كل واحد من شريكي العنان كالأجنبي]^(٥) وترتب عليه:
- شهادة الشريك على شريكه في ما ليس من تجارتهما مقبولة^(٦).

(١) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/ ٣٤٣ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢/ ٣٢٥ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٨٣ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٨٣ .

(٤) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٣/ ٣٥١ .

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٩٠ .

(٦) الماوردي، الحاوي، ٧/ ٣٨٧ .

ب- [الاستعارة من أحد شريكي العنان إذا كانت منفعة العارية راجعة إلى المستعير خاصة ليست كالاستعارة منهما، والاستعارة من أحد شريكي العنان إذا كانت منفعة العارية راجعة إليهما كالاستعارة منهما] ^(١) كما لو استعار الشريك ناقلة لحمل بضاعة الشركة، كانت من ضمانهما إن تلفت، بخلاف ما استعاره أحدهما مما لا يوافق عمل شركتهما.

ج- وأيضاً: [أحد شريكي العنان إذا أجر نفسه في عمل كان من تجارتهما كان الأجر بينهما، وإذا أجر نفسه في عمل لم يكن من تجارتهما كان الأجر له خاصة] ^(٢) .

ومن تطبيقات الضابط بفروعه:

أنه إذا أخذ أحدهما مالا مضاربة، فالربح له خاصة، ما لم يكن من تجارتهما، أو في غيبة شريكه فهو لهما ^(٣) .

د- [وكل ما ملك الشريك فيه التقبل على نفسه-الخدمة- دون شريكه اختص بكسبه] ^(٤) .
وعليه [فإن بدل ما لم يدخل في الشركة يختص به الشريك] ^(٥) .

٢- أما عند الشافعية: [الشركة لا ترفع حكم اليد في ثبوت الملك بها] ^(٦) .

أما عند الشافعية؛ فالشريك عندهم له أن يشتري لنفسه وإن كان شريكاً لغيره بناء على حكم الضابط ^(٧) . ولعل الفرق في ما يبدو لي؛ أن الشركة عند الشافعية وقد تحدد مالها بالخلط، ترك للشريك فسحة بالشراء لنفسه بعيداً عن الشبهات، هذا عدا عن أن الإذن بالتصرف قد يكون لأحدهما، وقد يكون هو غير المُشترى.

واليوم لاتكاد تقف على هذه المشكلة، لتحدد الحقوق والإجراءات في الاستيراد والتصدير، وما يرافقها من مراسلات باسم الشركة كشخصية معنوية.

الضابط الثاني في شركة العنان:

١- عند الحنفية [شريكي العنان لا يؤخذ أحدهما بما يجب على الآخر من إقرار أو حلف أو مال] ^(٨) .

(١) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢ / ٣٢٧ .

(٢) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٢ / ٣٢٧ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٥ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٥ .

(٦) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٨ .

(٧) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٨ .

(٨) السعدي، النتف، ١ / ٥٣٣ .

- وجاء تعليل السبب [في العنان المعترف عدم الكفالة لا اعتبار عدمها]^(١).

٢- وعند المالكية [كل شركة صحيحة لزم فيها أحد الشريكين حق فصاحبه ملزوم بذلك]^(٢).

والضابط يؤكد ما سبق عرضه من أن الشركة من مقتضياتها الوكالة، وأن ما زاد على ذلك لا يثبت إلا أن ينص عليه. بمعنى أن حدود العلاقة بين الشركاء هي توكيل وتوكل في ما هو من عمل الشركة، وأما ما عداها فلا يؤخذ به إلا من التزمه، وهو هنا الفاعل.

والسبب أن هذه الإلتزامات إنما هي من مقتضيات الكفالة، والكفالة متى ذكرت في عقد الشركة تثبت تبعاً لها وضمناً لا قصداً؛ لأن الشركة لا تنافي الكفالة بل تستدعيها، ولكنها لا تثبت فيها إلا باقتضاء اللفظ؛ كلفظ المفاوضة، أو بذكر شروطها في العقد^(٣)، وأما الوقوف عند حد لفظ العنان فلا يستدعيه، وأحكام العقود لا تتنافى مع معاني ألفاظها وصيغها .

فتصح عنانا مع كفالة، وذلك عند تخلف واحد من شروط المفاوضة وكأن خلا جزئياً حصل في العقد أبقى بعض رواسب المفاوضة .

ومن تطبيقات الضابط؛ أن شريك العنان لا يصح له تأجيل نصيب صاحبه من دين وجب لهما على آخر؛ لأنهما في حكم هذه الشركة شخصان، لأنه لا يملك ابتداء المطالبة فلم يكن له التأجيل، حتى أنه في صحة تأجيله في نصيب نفسه خلاف في المذهب^(٤).

الضابط الثالث في شركة العنان:

١- عند الحنفية: [الأصل عند أبي حنيفة أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا

يختص بالعرف، وعندهما يختص]^(٥). وأحمل العرف هنا على عرف التجار.

٢- وعند الشافعية: [تصرف الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن الصريح]^(٦).

٣- وعند الحنابلة: [التصرف بغير استئذان خاص، تارة بالمعاوضة، وتارة بالتبرع، وتارة بالانتفاع، ومأخذه إما إذن عرفي عام، أو خاص]^(٧).

والكلام نتيجة القول بصحة الشركة؛ لأنها إذا صحت، ووجد الإذن بالتصرف - عند الشافعية - تسلط كل واحد من الشركاء على التصرف بالمال بلا ضرر^(٨)

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٧٦ .

(٢) ابن غازي، الكليات، مصور عن المكتبة الوطنية بتونس، برقم ٣١١٥، ورقمها في مركز إحياء التراث ٢٥١ فقه مالكي .

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ٣ / ٣٤١ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٠ .

(٥) المرجع السابق، ص ١٥ .

(٦) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٣ .

(٧) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٩ / ٢٠ .

(٨) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٨٣ - النووي، المنهاج متن مغني المحتاج، ٣ / ٢٢٧ .

وهذا هو الحد الأدنى، وأراه يصلح في المنع، أما في جانب الفعل فلا يكفي نفي الضرر، بل لا بد من العمل على جلب المصلحة، لذلك جاء تعريف الشركة عند بعض الشافعية: (تسليط كل واحد على التصرف على وجه الغبطة والمصلحة) (١)

وعند الحنابلة تقرر أن النائب عموماً، والشريك خصوصاً لا يتصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط (٢)، فهو يختار الأصلح ويعمله، وليس مجرد نفي الضرر، ودليله: حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه لما وكله النبي عليه السلام بشراء شاة، فاشتري شاتين، وباع إحداهما بدينار، ثم جاء إلى النبي عليه السلام بالشاة والدينار فدعا له (٣).

ومجموعة الضوابط تتناول الإطار العام الذي يحكم تصرفات الشريك عموماً في الشركة؛ هل هو بالوقوف عند حد نفي الضرر، أم لا بد من السعي لجلب كل ما فيه مصلحة الشركة؟ والمصلحة المطلوبة هنا ليست حلاً عاماً؛ بل هي ما جرى عليه عرف التجار.

وسأسير على هدي هذا الرأي، أن التصرف المأذون به هو ما وافق عرف التجار، وحقق الربح الذي هو غاية الشركة، مؤكدة أنه المناط العام لتصرفات الشركاء، ما لم يظهر لنا آخر خاص. والتصرفات التي تستفاد بمقتضى العقد، بلا حاجة إلى إذن خاص:

(١) **بيع مال الشركة؛ لأن ميناها على الوكالة، وغرضها الربح** (٤)، جاء في الأثر: "ثلاثة أرباع الرزق في التجارة" (٥)، والبيع والشراء في الشركة يختلف حكمه باختلاف ظروف البيع وشروطه: أ- **البيع بالنقد والنسيئة**: عند الجمهور ماعدا الشافعية؛ لأنه مما جرت عليه عادة التجار، خصوصاً وأن الإذن في التجارة جاء مطلقاً، والعادة أن الربح في النسيئة أكثر (٦).
 وذهب الحنابلة أبعد من ذلك لما أجازوا للشريك أن يبيع ويشترى مرابحة، ووضعاً، وتولية؛ بمقتضى الوكالة والأمانة التي قامت عليها الشركة، وأظنهم لما رأوا من موافقته عرف التجار (٧).

(١) المنهاجي السيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود، ١/ ١٨٨ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٤ .

(٣) أخرجه الترمذي "وقال حديث حكيم بن حزام لا تعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عدي من حكيم بن حزام" انظر: الترمذي، أبو عيسى محمد ابن عيسى، (ت ٢٧٩هـ)، سنن الترمذي، ٥م، (تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون) دار إحياء التراث، بيروت، كتاب البيوع، باب ما جاء في كتابة الشروط، ٣/ ٥٥٨ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٨ .

(٥) بحثت عنه ولم أقف عليه .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٨ - خرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٤ - البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٥ .

(٧) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٥ .

ب- وهو يقع بقليل الثمن وكثيره؛ لا بما لا يتغابن الناس فيه، لأن غايتهم الربح^(١) والضايط هنا: [أن الاستثناء المعلوم بدلالة الحال، كالاستثناء المشروط بالمقال] ^(٢).

وجاء الضابط عند الشافعية في المنع من البيع بغبن فاحش - إلا بإذن - [غير معفو عنه في بيع الوكيل والشريك وكل نائب عن غيره من وصي أو أمين] ^(٣) لأن مناط عملهم المصلحة.

وكذلك لو باع أحدهما وأجل الثمن فإن تأجيله يصح في نصيبه؛ لأن الشريك العاقد اجتمع له وصفان؛ وهو أنه مالك وعاقد في آن واحد، أما في نصيب شريكه فهو كالوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن والإبراء عنه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يملك^(٤). والضايط لأبي حنيفة أن [من ملك الأعلى ملك الأدنى] ^(٥)، لأنه الشريك يملك أن يقابل فأن يؤجل أولى.

ج- للشريك الشراء بالنقد والنسيئة إذا كان في يده مال ناض، وإلا وقع الشراء له؛ لأن الشراء لو صحناه للشركة لكان مستدينا عليها - والديون تزداد بها مسؤوليات أصحاب الشركة - وهو مما لا يملكه بمطلق العقد إلا أن يؤذن له، وذلك عند الحنفية، والمالكية في قول، والحنابلة^(٦).

وذهب المالكية في قول والشافعية إلى أن مطلق التوكيل بالشركة ينصرف إلى الشراء بالنقد^(٧)، فلا يملك الشراء نسيئة إلا بالإذن، وهم بذلك منسجمون مع أنفسهم بمنع شركة الوجوه^(٨).

د- ولا يبيع بغير نقد البلد في الشركة وإن راج عند الشافعية إلا بإذن، لا القراض^(٩). والقول هنا وإن كان وجيها في وقته؛ لمحدودية الجغرافيا، وتفاوت مستويات القبول للعمليات لما كانت الصبغة المحلية هي الأظهر، وأن المخاطرة حاصلة في التعامل بغير نقد البلد، أما اليوم؛ أصبحت عالمية النقد مصدر القوة حتى نالت قبولا عاما، كما في التعامل بالعملة الأجنبية .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٨ .

(٢) الباز، مجلة الحكام العدلية، المادة ١٣٥٧، ص ٧٢٣.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٧ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٨ .

(٥) البابرتي، العناية على الهداية، ٦ / ١٨٣ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٨ - المرداوي، الإنصاف، ٥ / ٥٣٧ - وضايط الشراء بالدين عند المالكية:

[الشريك إن اشترى بالدين إما أن يكون بإذن شريكه أو لا، وفي كل إما أن تكون السلعة معينة أو لا، فإن كان بغير إذن الشريك؛ فالمنع عينت السلعة أم لا، وإن كان بإذن شريكه جازت إن كانت السلعة معينة] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٥٢ .

ومنع الشراء بالدين نسيئة لغير المعين: لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن، لأن ضمان الدين من المشتري. الخرشي، حاشية الخرشي، ٦ / ٤٤ . والفرق بين الشراء بالنسيئة والاستدانة؛ أما في الأولى فإن في الشركة من رأس المال ما يكفي لسداد ثمنها، وفي الثانية قد

يشترى بما يزيد على رأس مال الشركة . رفيق المصري، شركة الوجوه، ص ١٠ .

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٥٢ .

(٨) المصري، رفيق، شركة الوجوه، ص ١١ .

(٩) قليوبي، حاشيتان قليوبي وعميره، ٢ / ٣٣٥ .

تطبيقات الضابط:

- ١- هل يملك الشريك التورق؟ بمعنى أن يشتري الشريك السلعة من واحد بثمن مؤجل، ويبيعهها لآخر بثمن معجل؛- أما إن كانت للبائع الأول فهي العينة المحرمة^(١)- عند الحنابلة لو كان مقصود المشتري المال، وابتاع السلعة إلى أجل ليبيعهها ويأخذ ثمنها؛ فهذا التورق وهو عند أحمد مكروه، بخلاف المشتري الذي غرضه التجارة أو الانتفاع أو القنية فهذا يجوز شراؤه^(٢). والحكم في الشريك ثبت أنه لا يشتري بالدين إلا أن يكون معه مثله ناض، وإلا بأن كانت له مصلحة فيه، جاز مع الإذن، خصوصا وأن المعاملة باتت من عرف التجارة.
- والتطبيق العملي للتورق المصرفي اليوم يكشف عن زيادة ملحوظة لعمولات التورق عن غيرها من العمولات التمويلية لدى البنوك الإسلامية^(٣)، الأمر الذي يعني تحميل الشركة نفقات هي في غنى عنها، إلا إن كانت المصلحة من توفير المال تفوق الضرر؛ على أن لا يتخذها عادة.
- ٢- هل يملك الشريك أن يضع من الدين؟ مسألة ضع وتعدل إن قلنا أنها صلحا لا يبيعا بين دائن ومدين بأن كان بينهما بيع مؤجل، ثم يقوم الدائن بخصم شيء من ربحه ليتعدل المدين بالسداد^(٤)، هذا إن كان الدين حالا، وإلا بأن كان الحط مقابل التعجيل لم يصح^(٥).
- وعليه إن كان بحسب المثال فإنه يصح لأن الربح حاصل، مع ضمان أداء أصله، وإن كان بمعنى إلغاء الربح فهو يملكه لأن له أن يبيع تولية عند الحنابلة في قول.
- وأما على الضابط فلا يصح لأن غرض الشركة الاسترباح، ومن باب أولى إن كان على الوضعية- إلا عند الحنابلة- أو إن خاف عدم الغريم عند المالكية^(٦).
- ٣- هل يملك الشريك أن يعقد سلما؟ أم أن شراء موصوف في ذمة البائع بثمن معجل من الغرر الممنوع في الشركة، خاصة إذا كانت الاتفاقية من نوع عقود السلم المتتالية؟
- الشراء سلما في حد ذاته من البيع والشراء الذي يملكه الشريك، وقد تكون فيه مصلحة الشركة؛ إن كان المسلم فيه له سوق معينة يطلبها الشريك ويسعى للربح فيها، وأكثر من ذلك أن عقده سلما

(١) المصري، رفيف، شركة الوجوه، ص ٥٣. ويتفق التورق مع شركة الوجوه في الشراء نسيئة من واحد والبيع نقدا من آخر.

(٢) المرادوي، الإنصاف، ٥/ ٥٣٧.

(٣) قحف، منذر (٢٠٠٥)، التورق المصرفي في التطبيق المعاصر، مؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، ص ٢٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٤/ ٣١٢ - ٣١٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٤/ ٣١٢.

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٩.

موازيا مستقلا لبيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة التي اشترها في السلم الأول^(١)، يبدو فيه تصريح لبضاعة الشركة وهو موافق لم يملكه بالإذن العام كوكيل.

٤- هل يعتبر التحوط باستخدام بيع العربون من الغبن؟ تقوم فكرة العربون على سداد جزء من الثمن حالا، مع خيار فسخ العقد وترك العربون كجزء مالي^(٢)، والمثال هنا أن يشتري الشريك السلعة بألف دينار مثلا، ويدفع من ثمنها عشرة، وإن لم يتم الصفقة فالعشرة للبائع، وهو ملزم للبائع، أما المشتري بالخيار خلال المدة.

الحنابلة فقط قالوا بجوازه^(٣)، وأما على الضابط، فإن الحكم يختلف باختلاف المعقود عليه ومدى أهميته للشركة، فإن كان مما يندر ويغلب فيه الربح قلنا بالجواز، وإلا بأن استوى فضل المعقود عليه طلبا وتركيا، فالحظر أرجح من الإباحة يرد بها العقد.

(٢) التوكيل بالبيع والشراء: والضابط القياسي فيه: [لا يوكل الوكيل إلا بإذن أو تعميم أو تفويض، إلا الوكيل بقبض الدين له أن يوكل من في عياله] ^(٤).

لأن [تصرف الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن الصريح]^(٥). والوكالة ليست من الإذن الصريح؛ لأن [الشيء لا يستتبع مثله]، ولكن لما كانت فكرة ابتناء الشركة على الوكالة ليست من كل وجه، لأن الشركة وكالة وزيادة، فالموكل فيه شركة بينهما في الربح، فجاز استحسانا لأنها تتعقد على عادة التجار^(٦)، ولأن الشريك يحتاج إلى من ينيبه عنه لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالبا، فإن هذه القرائن تفيد الإذن، على أن لا يوكل في ما يتولى مثله بنفسه، وله أن يوكل في ما لا يتولى مثله بنفسه، أو يعجزه^(٧). والضابط: [توكيل الوكيل في ما لا يباشره بنفسه] يستثنى بدلالة الحال^(٨). وعليه إن أخرج الشريك الآخر الوكيل -عزله- خرج من الوكالة^(٩)، لأن عزل الوكيل أيضا من صنيع التجار، والضابط فيه: [كما جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعلهما، يجعل نهي أحدهما إياه كنهيهما]^(١٠).

(١) انظر شروط السلم الموازي: معايير هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي ١٠، البند ٦.

(٢) شلهوب، صلاح، العقود المستقبلية في الفقه الإسلامي، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية ٦ / ٩ / ٢٠٠٨، العدد ٥٤٤٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٤ / ١٦٠.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٢٤٩.

(٥) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٨٣.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٨.

(٧) البهوتي، كشف القناع، ٣ / ٥٣٦-٥٣٨.

(٨) ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة ٦٩، ص ٣١٢.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٠.

(١٠) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٧.

ومن تطبيقات هذه المعاملة اليوم أن الخدمات المصرفية التي ليس فيه إقراض؛ من فتح الحسابات المصرفية، وأعمال التحويل الداخلي والخارجي، لا يمنع منها الشريك لأن فيها شبهة بالتوكيل الذي جاز له بمطلق الشركة^(١).

(٣) للشريك أن يبضع: عند الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) - إن اتسع المال -، وهو أن يدفع مال الشركة إلى من يتجر فيه -يعمل عليه متبرعا- والربح كله للدافع وشريكه، وليس له ذلك عند الشافعية^(٤) والحنابلة في قول^(٥).

وجه قول الحنفية؛ أن الشريك له أن يستأجر المال، فكان له أن يدفعه لمن يتبرع بالعمل، وكأنه أنفع للشركة. وأما من منع فقال لما فيه من الغرر وتعريض المال للخطر، فإذا خالف وفعل ضمن^(٦) والضابط في المنع: [شريك العنان كالمضارب في ما له فعله، وفي ما يمنع من فعله، وفي ما يجب عليه فعله لتساويهما في الحكم]^(٧) وفي المضاربة لو دفع المضارب المال بضاعة يفسد العقد، وللمضارب أجر المثل^(٨).

(٤) يحيل من له دين على الشركة ويحتال بدينها: لأن الحوالة تملك ما في الذمة بمثله، فتجوز كالصرف والشريك يملك ما كان عقد معاوضة، ثم هي من أعمال التجارة، وفيها معنى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن^(٩). واشترط الحنابلة لصحتها أن تتكافأ الذمم، وقياس المذهب عندهم أنها إن كانت على مليء فهي واجبة^(١٠).

(٥) يقابل: إن كان فيها الحظ^(١١) لأنها إن كانت بيعة فقد أذن له فيه، [من ملك البيع ملك الإقالة]^(١٢)، وإن كانت فسحا فكالرد بالعيب وهو يملكه^(١٣) على أن لا تكون بغير الثمن

(١) حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٣٤٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٦٨.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦ / ٤٣. وهي عندهم دفع المال لمن يشتري به بضاعة إلى بلد كذا بأجرة أو بدونها، فإن كانت بأجرة فهي بضاعة بأجرة.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٣ / ٢٢٧.

(٥) المرדوي، الإنصاف، ٥ / ٣٠٨.

(٦) المردوي، الإنصاف، ٥ / ٣٠٨.

(٧) المردوي، الإنصاف، ٥ / ٣٠٨ والضابط عنده [حكم المضاربة حكم شركة العنان].

(٨) البهوتي، كشف القناع، ٣ / ٥٣٦.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٠.

(١٠) ابن قدامة، المقنع، ٢ / ١٦٨.

(١١) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ٢٢. ومن الحظ عند المالكية؛ خوف عدم الغريم، لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه

الخرشي، حاشية الخرشي، ٦ / ٤٣.

(١٢) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ٦٩.

(١٣) البهوتي، كشف القناع، ٣ / ٥٣٥.

الأول^(١)، وعند الحنابلة إن كانت فسحا فلا يملكه على قول؛ لأنها ليست من التجارة^(٢)، وله أن يقابل ما باعه الآخر^(٣).

(٦) الإيداع: للشريك أن يودع كما هي عادة التجار^(٤) لأن له أن يستحفظ بأجر فأولى إن كان بغير أجر، وعند المالكية إن كان له عذرفي الإيداع جاز وإلا بأن أودع بلا عذر ضمن المال إن فات^(٥). ولا أرى مساواة بين الإيداع والاستتجار؛ لأن الاستحفاظ بالأجر مضمون، والإيداع أمانة غير مضمونة.

(٧) له أن يضارب أخذاً وربحه له خاصة؛ لأن الشركة لاتعني التحجير على الشريك، ويقيد الجواز بما إذا لم يضر عمله بالشريك؛ ويكشف الإضرار: إن كان العمل في الثانية من جنس تجارتهما، أو أن وقته ذهب للمضاربة الثانية^(٦)، فإن شغله وأراد البقاء على شركته استوجب البقاء الإذن^(٧).

وله أن يدفع مال الشركة مضاربة على قول عند الحنفية^(٨)؛ لأن له أن يستأجر من يتصرف بالمال بأجرة مضمونة، فأن يدفعه لمن يتصرف فيه من غير أن يكون مضموناً عليه في الذمة من باب أولى.

أما القول الثاني عند الحنفية^(٩)، وقول الحنابلة^(١٠): ليس للشريك أن يضارب بالمال، لأن المضاربة نوع شركة، وليس لأحدهما أن يشارك بمطلق الإذن، لأن الشيء لا يستتبع مثله، عدا عما في المضاربة من إثبات حقوق في المال، وتقاسم الربح مع غيرهما.

(٨) للشريك أن يستأجر كل ما يلزم في عمل الشركة؛ من الأشخاص أو الأعيان، ولا يطالب بالأجرة إلا من تولى العقد في غير المفاوضة^(١١).

(١) حمزه، الفرائد البهية، ص ٥٦ .

(٢) المرادوي، الإصناف، ٥/ ٣٠٦ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٨ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٩ - المرادوي، الإصناف، ٥/ ٣٠٧ .

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٣ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٩ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٤٤ .

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٣ .

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٩ .

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٩ .

(١٠) المرادوي، الإصناف، ٥/ ٣٠٧ .

(١١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٨ .

وهل للشريك أن يعطي خلو الإيجار؟ وهو مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار-بيت، أو أرض، أو محل تجاري- عن حقه في الانتفاع به^(١).
ومن صورهِ المعاصرة: ^(٢)

- أن يأخذ المستأجر من المالك مبلغاً من المال مقابل فسخ عقد الإيجار، وتسليم المأجور إلى صاحبه؛ وللشريك أن يأخذ إن كان هو المستأجر؛ لا من باب الاعتياض عن الحق، ولكن تعويضاً عن الضرر إن كان القانون يلزمه بالإخلاء.
- أن يأخذ المالك من المستأجر مبلغاً من المال بالإضافة إلى الأجرة المقررة مقابل شهرة المحل؛ وهذه جرى العرف التجاري عليها اليوم إن كان العقار له امتياز بالموقع أو الإسم، وفي هذه الحالة إن كان العقار يحقق للشركة مغنماً، كان دفع الخلو من مشتريات الأجرة، وهو يملكها.
وهل للشريك أن يؤجر نفسه؟ وإن فعل هل يشتركان في الأجرة كما لو كانت من الربح؟ شريك العنان إذا عمل في غير الخدمة فكسبه له؛ لأنه وكيل في التصرف في مال الشركة، وليس ملتزماً في ما بعدها، وأولى إن كان عمله في الخدمة كما قرر الحنفية^(٣).

(٩) للشريك أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده، وأن يرتهن بما باع، لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء، وذلك في قول عند الحنفية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥).
وعند محمد من الحنفية؛ لا يجوز الرهن ويضمنه إن استحق، ولوارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه، لأن الرهن إيفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره، ولا أن يستوفي ثمن ما عقده شريكه بنفسه فلا يملك الارتهان له^(٦)، إلا بإذن خاص.
والكلام لمحمد منسجم مع أصل عدم الكفالة في العنان، وأن حقوق العقد فيها تتعلق بالعائد، ولكني لا أتفق مع الرأي بأن الرهن وقع له في حصته، لأن مقتضى التوكيل بالشركة ارتضاء الفعل طالما كان التصرف في المصلحة، وفي الارتهان المصلحة واضحة، وفي الرهن المصلحة خفية؛ من الحرص على المشتري.

(١٠) لأحد المتفاوضين أن يشارك مع رجل شركة عنان [لأن من ملك الأعلى ملك الأدنى]^(٧)
والعنان دون المتفاوضة، فيمكن أن تجعل من توابع المتفاوضة، كما استفاد شريك العنان أن يعقد

(١) اللجنة العلمية، موقع المسلم، بحث الحقوق المعنوية، منشور في تاريخ ١٤٢٤/٧/٤ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢٢٠ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٠ .

(٥) المرادوي، الإصناف، ٥ / ٣٠٧ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٠ .

(٧) البابرني، العناية على الهداية، ٦ / ١٨٣ .

مضاربة، وهذا هو القول الأول للحنفية^(١)، وهو قول المالكية بشرطين؛ أن يشارك في معين - أي بعضه -، وأن تكون تصرفات الشريك الطارئ محدودة - من لا تجول يده -^(٢).
والقول الثاني عند الحنفية ليس له ذلك، وضابطه [يمنع الشريك من كل فعل يوجب الشركة للغير في المال المشترك]^(٣)

ولذلك مُنع شريك العنان من مشاركة غيره إلا بالإذن، وعلى الضابط الرئيسي فالمفاوضة أولى. وهل للمفاوض أن يشارك آخر مفاوضة؟ قولان عند الحنفية: الأول لأبي يوسف بأنه لا يملك لأن الثاني مثل الأول، [والشياء لا يستتبع مثله].

والثاني: وهو لمحمد بأنه يجوز له أن يفوض غيره، وضابطه [أن كل واحد من المفاوضين قائم مقام صاحبه في ما هو من صنيع التجار]^(٤)، فكان له أن يفوض .

وعند المالكية يملك أن يفوض بشرط أن لا يضع مال الشركة الثانية موضع الأولى^(٥)، وكأنهم قصدوا أن لا يخلط بمال الشركة الأولى، بمعنى أن المال يخرج شركة، ولا يدخل فيها.
ومن التطبيقات العملية:

- لو أراد الشريك فتح اعتماد مستندي مع البنك، وقوامه المشاركة، بمعنى أن البنك يدخل مع طالب الاعتماد بوصفه شريك، خصوصاً وأن البنك يتقاضى عمولة، وقد يقيداً على حساب التكاليف التي قامت عليها العملية^(٦)

- هل للشريك أن يقدم على عقد مشاركة المتناقصة، والتي تعرف بأنها: عقد شركة بين طرفين في عين معينة، يتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما نصيبه للآخر تدريجياً بعقود بيع مستقلة متعاقبة، ويصاحب ذلك - أثناء عقد الشركة غالباً - إجارة العين لأحدهما، أو لطرف ثالث، تقسم فيها الأجرة للشريكين بحسب نصيب كل منهما^(٧).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٨ .

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٣ / ٦ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٨ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٩ .

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٣ / ٦ .

(٦) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ط ١، ٥ / ٥٠٢ . يعرف الاعتماد المستندي بأنه تعهد يلتزم فيه المصرف بالوفاء أو القبول بالنسبة للسحوبات التي يقدمها المستفيد في الاعتماد المستندي طبقاً للشروط الواردة

فيه، وكيف على أن من الوكالة بأجر، أو الاشتراط لمصلحة الغير، أو الكفالة - ولا ينبغي أن يقابلها أجر - حمود، تطوير الأعمال

المصرفية، ص ٣٠٤ . وما جاء في المتن يعرض تكييفاً يكون المصرف فيه شريكاً في البضاعة، وما يتقاضاه يكون من الربح، ثم ليكن انسحابه من الصفقة بمشاركة متناقصة، بمعنى الشركة في المشتري، أو ما يسمى بالعرف التجاري شركات الصفقات، ولمدة قصيرة .

(٧) الزحيلي، وهبه، المشاركة المتناقصة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢٧٥، أبريل ٢٠٠٤، المجلد ٢٤، ص ٩٠ - العمراني،

عبدالله، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، بحث نشر في تاريخ ١٤٢٦/٥/٢ عن موقع: almoslim.net

والملاحظ أن هذه المعاملة قد اجتمع فيها ثلاثة تصرفات، منها ما يمنع الشريك منه، ومنها ما يؤذن له فيه، حيث اجتمع فيها الشركة ثم البيع ثم الإجارة، وأن فيها استثماراً وإرفاقاً في آن واحد، ومع ذلك فإنني أراها تحتاج إلى إذن خاص من الشريك الآخر.

جاء في المادة (٢١) من قانون شركات الأعمال التي لا يجوز للشريك القيام بها:

- ممارسة عمل أو نشاط ينافس الشركة، سواء مارسه لحسابه الخاص أو لحساب غيره.

- الاشتراك في شركة أخرى تمارس أعمالاً مشابهة لعمل الشركة.

(١١) السفر بالمال والفرض أنه من غير رضا صاحبه أو إذنه:-

للسافعية فيه قولان: الأول: ليس له ذلك، لما في السفر من التغير بالمال، فلا يصح إلا بالإذن

الصريح^(١). القول الثاني للسافعية^(٢)، وهو قول الحنابلة^(٣): له ذلك وكذا المضارب والمبضع

والمودع لهم أن يسافروا، لأن عرف التجارة على البيع والشراء سفراً وحضراً.

ويمكن أن نقف وسط بين القولين بجعله حقاً بمقتضى الشركة إن كان السفر مع الأمن - الشخصي

والمادي -؛ كما كان لولي اليتيم أن يتجر بمال موليه في موضع أمن^(٤)، وأولى مراتب المسؤولية

الخاصة أو العامة أن يُنزل من تولاهها نفسه بمنزلة ولي اليتيم في ما يوكل إليه .

وعلى القول الأول؛ لوسافر مع المخالفة وباع صح البيع، وإن كان ضامناً^(٥).

وأرى أن القول في السفر تحكمه اعتبارات عدة؛ من أمن الطريق، أو أن تعقد الشركة ابتداءً بغير

بلد الشركاء فيكون لهم السفر بدلالة الحال، أو أن تقصد بلد ما لرخص الأسعار، وتتنوع المعروض

حتى يصبح عرف التجار أن يؤمها كل عامل بالاستثمار.

وإن قلنا بجواز السفر مع الأمن؛ هل يملك الشريك التأمين على البضاعة؟ والمقصود هنا التأمين

من النوع التكافلي الإسلامي؛ والجواب في الضابط عند الحنابلة [كل ما كان من عادة

التجار، وفيه مصلحة التجارة، فإن الشريك يملكه بمطلق العقد وما لا فلا]^(٦).

(١) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٤٨٢ . والتغريب هو: الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله

عليه، وكان قوامه الخداع. انظر: الزرقا، الفقه الإسلامي في توبه الجديد، ١/ ٤٠٩ .

(٢) المرجع السابق

(٣) البيهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٦ .

(٤) المطيعي، تكملة المجموع ١٤/ ٢٥ .

(٥) النووي، المنهاج، ٣/ ٢٢٧، وذلك لمكان الإذن في التصرف، فتقدر العقوبة بقدر المخالفة - البيهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٦ .

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٣ .

الفرع الثاني: ضوابط شركة المفاوضة:

الضابط الأول من ضوابط شركة المفاوضة:

الضابط: [شريكي المفاوضة كل واحد منهما في ما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل، وفي ما وجب

عليه بمنزلة الكفيل] ^(١)

والضابط: [تتعقد المفاوضة على الوكالة والكفالة؛ الوكالة ليكون ما يستفاد به على الشركة

فيتحقق سبب الاشتراك في الربح، وأما الكفالة فلتحقق المساواة التي هي من مقتضى

المفاوضة في ما هو من موجبات التجارة] وهو توجه المطالبة نحوها بسبب ما هو من أفعالها

وما يشبه ما هو تجارة ^(٢)

والمفاوضة عند الحنفية هي حالة أو نوع من الأحكام تنسحب على الأنواع الثلاثة من شركة

العقد؛ الأموال، والأعمال، والوجوه ^(٣).

أما اشتراط الوكالة فهو لكل أنواع الشركة، وذلك ليتحقق المقصود من عقدها؛ وهو الشركة في

المال أو العمل أو الضمان وما يترتب عليه من مقاسمة الربح ^(٤).

وأما الكفالة فالضابط يبين أن شريكي المفاوضة - عموماً في كل أقسام الشركة - كل واحد منهما

مطالب بما يلتزمه صاحبه، وذلك لمعنى المساواة والتي هي من مقتضيات الكفالة في ما هو من

موجبات التجارة، وهو توجه المطالبة نحوها بسبب ما هو من أفعالها، وصحة ضمانهما ^(٥).

ولذلك صحت شركة الوجوه مفاوضة؛ (لأنه يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الأبدال- الثمن

والمثمن-) ^(٦)

وفي الأعمال لما صار كل واحد من الشركاء وكيلاً عن صاحبه في تقبل العمل، وكفيلاً عنه في

ما يجب عليه، كان كل واحد منهما مأخذاً بما يقبله الآخر، وهذا مقتضى الكفالة ^(٧).

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ٣/٣٣٧.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٦٠.

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/٣١٥.

(٤) البابرني، العناية، ٦/١٦٠.

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٧ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٦٠.

(٦) المرغيناني، الهداية، ٦/١٨٩.

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٥.

الضابط الثاني من ضوابط شركة المفاوضة :

[يُغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء] ^(١)

- وفي المفاوضة كان ضابط الحنفية: [ما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه] ^(٢) بمعنى أن: [لبقاء ما ليس بلازم من العقود حكم الابتداء، والمفاوضة منها] ^(٣)
- وجاء عند المالكية والشافعية بصيغة الاحتمال: [قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء] ^(٤) ودليل هذا الأصل هو الاستقراء، وهو هنا في شركة المفاوضة اللزوم لمجموعة أمور مطلوبة في الابتداء وعلى الدوام، وإلا انخرم أصل الشركة.
- والضابط يعد أصلاً ينسحب على جوانب مختلفة في باب الشركة، وهو في أصله مختلف فيه ، حيث جاء في عدد من كتب القواعد الفقهية بصيغة الاستفهام .
- والضابط يفتح المجال للتجاوز في حيثيات العقد بعد حصوله ابتداءً مستوفياً للأركان والشروط الشرعية، لأن شروط العقد قد ينخرم بعضها، خصوصاً مع امتداد العقد لفترات طويلة، فكان الواقع معتبر رفعا للحاجة ، ودليل الجواز: أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة ^(٥).
- أمر آخر؛ أن الشركة لما تميزت بأن مبناها على الرفق والمسامحة، فكان في إعمال الضابط انسجاماً واتفاقاً مع أحكامها ولا تناقض فيه.
- أما في شركة المفاوضة؛ فإن خصوصية هذه الشركة استدعت القول بوجوب المحافظة على الشروط من البداية وإلى النهاية، حتى إذا تخلف واحد من الشروط بطلت الشركة مفاوضة، وانقلبت عناناً، لأن اللقب يصبح فاسداً - تسميتها مفاوضة - لانعدام شرطها، ولكن لا يبطل أصل الشركة ^(٦) فمثلاً المساواة بين الشريكين في رأس المال كما هي شرط لانعقاد، فإنها شرط لبقائهما لأنها مفاوضة في الحالين ^(٧).

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٥٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣ / ٣١٥ - البابر تي، العناية على الهداية، ٦ / ١٦٥ .

(٤) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١ / ٣١٣ . وجاء عند المالكية بصيغة: هل يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء؟ المقري، القواعد، ٢ /

٣٨٠، ٣٨١ - الشنقيطي، أحمد، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، ص ٦٤ .

(٥) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١١٨ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٣ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٨ .

وهي شروط مطلوبة في المال، والعاقدة، والصيغة، والربح^(١). وقد يبدو الأمر بالمحافظة على المساواة بين الشركاء مفاوضة غير واقعي؛ لكنها تقع في حال اشتراك عدد من الأخوة بميراث مثلا، مع عدم ملك أي منهم أموالا أخرى، واتفاقهم على العمل جميعا في تنميته، فهي -المفاوضة- نموذج تعاوني، مع ما يبدو من أنه نظري. وعلى المعنى العام للأصل، قرر الشافعية جواز استئناف الشركة والمال عروض في حال وفاة الشريك ودخول الورثة على العقد، بعد خلوص التركة من الدين أو الوصية^(٢)، وهم الذين تشددوا في اشتراط الخلط في النقد المضروب متحد الجنس .

الضابط الثالث من ضوابط المفاوضة :

[في كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرط لا يشترط في العنان كانت عنانا]^(٣)

وبصيغة أخرى: [كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة تُجعل الشركة عنانا إن أمكن،

تصحيا لتصرفهما بقدر الإمكان]^(٤)

والشروط المطلوبة هنا هي يحددها الضابط: [المساواة بين المتفاوضين في الملك والتصرف، ثم

أن يكون كلا منهما أهلا للوكالة والكفالة]^(٥)

وجاء تعليل هذا الضابط بمجموعة من الضوابط الأخص:

- [الشركة المطلقة تنصرف إلى العنان] لتبادهها، وزيادة تعارفها فقها وعملا^(٦).

- [إذا بطل الأخص تعين الأعم]^(٧).

والضابط يكشف عن حكمين:

الأول: ما تقرر في ما سبق من أن استجماع شرائط الشركة في المفاوضة مطلوب ابتداء وعلى

الدوام، وأن هناك تقاطعا بين شروط الشركة عنان والشركة مفاوضة:

(١) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٥ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٥٦ - الغنيمي، اللباب، ٢/ ٧٠ . والمطلوب المساواة فيه هو: رأس المال جنسا وصفة، وأن لا يختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة من النقود من بداية الشركة وإلى نهايتها، وأن يتساويا في الربح والخسارة، وأن يكونا من أهل الكفالة، وأن يتلفظا بالصيغة بالمفاوضة أو ذكر جميع مقتضياتها. والمطلوب المحافظة عليه هنا هو الأربعة الأولى.

(٢) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/ ٩٤ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٦٠ - الغنيمي، اللباب، ٢/ ٧١ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٤ - ابن مودود، الاختيار، ٣/ ١٤ .

(٤) شيخ زادة، مجمع الأثر، ١/ ٣٤٠ .

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢١٥ .

(٦) شيخ زادة، مجمع الأثر، ١/ ٣١٥ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٦٠ .

(٧) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/ ٢٣٨ ، ولذلك جاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويريد معنى العنان، كما يجوز إثبات معنى الخصوص بلفظ العموم .

الثاني: إن إرادة التعاقد عند العاقدين تحترم، فلا يُقال ببطان العقد، وفسخه تماما في حال اختلال شرط خاص قام عليه العقد، بل ينتقل به إلى أقرب صورة صحيحة.

وساعد هنا على التحول من المفاوضة إلى العنان:

١- إن شركة العنان قد تقع عامة، وقد تقع خاصة، أما المفاوضة فلا تكون إلا عامة^(١)، بمعنى أن العنان قد تعقد عامة في أنواع التجارة، وقد تخصص بنوع منها، أما المفاوضة فلا تصح إلا عامة، وعليه جاز أن يعقد الشركة بلفظ المفاوضة ويُراد معنى العنان. هذاعند الحنفية، أما المالكية فكانت الشركة مفاوضة هي الأصل، وأن ما يجري فيها يجري في شركة العنان^(٢).

٢- ولأن [كل ما كان شرطا لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة المفاوضة، ولا ينعكس]^(٣) والمخالفة التي يقصد التحول بسببها، هي مخالفة شرط من شروط الكفالة التي ترتبت على عقد الشركة مفاوضة وهي التي خلت منها العنان؛ لأن الاعتراض الذي هو من معاني العنان^(٤) لا ينسجم والتضامن الذي هو صفة الكفالة، ولا ينسجم وضرورة المساواة بين الشركاء في المال والعمل.

الضابط الرابع من ضوابط المفاوضة :

ضابط فرعي: [كل ما دخل على أحد الشريكين بطريق التبرع مما يصلح رأس مال الشركة، مبطل للمفاوضة]^(٥)، وعليه: [لا تضر الزيادة عند أحد المفاوضين مما لا يصلح رأس مال للشركة]^(٦)، ومما لا يصلح العقار أو العروض أو الدين في ذمة الغير. وعند المالكية ليس الشرط هو المساواة بين المالكين؛ وإنما المطلوب هو المساواة في ما يحصل الرفق من العمل والربح، وأن يكونا-العمل والربح- على قدر المالكين، ولا ضرورة إلى تكثير الغرر^(٧).

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٦٠ - حمزه، الفرائد البهية، ص ٢٣٩ .

(٢) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٢.

(٣) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٦٣، ص ٧٢٦ .

(٤) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤/ ١٩، وانظر تفصيلات معنى العنان وما ترتب عليه من أحكام: البابرتي، العناية، ٦/ ١٧٦.

(٥) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٦٢، ص ٧٢٥ .

(٦) المرجع السابق، المادة ١٣٥٨، ص ٧٢٤ .

(٧) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٥ .

والمساواة في المفاوضة كشرط ليست ضربا من الخيال؛ فهم إما أن يتفقا في المال الذي تصلح المشاركة فيه - مصادفة^(١)، أو أن يتبرع أحدهما - صاحب المال الكثير إلى صاحب المال القليل - ويتحقق التساوي بينهما فهي مساواة متحققة بالقصد^(٢).

ويمكن أن نضبطها: بأن الغرر يغتفر منه في التبرعات ما لا يغتفر في المعاضات^(٣) ويرى بعض المعاصرين أن المفاوضة من رواسب الجاهلية والأحلاف بحيث يكون المتفاوضين كالشخص الواحد^(٤)، حتى قالوا: لا ربا بين المتفاوضين^(٥).

ويمكن أن يستدل لها بما كان من الأشعريين وتكافلهم^(٦).

الضابط الخامس من ضوابط المفاوضة :

[كل ما وجب على أحد المتفاوضين بسبب يتصل بالمفاوضة، فإنه يجب على صاحبه]^(٧)

[وكل ما كان من ضمان التجارة لزم شريك المفاوضة] ^(٨)

وجاء توضيح الضابط أكثر: [كل ضمان لزم شريك المفاوضة مما يفيد له تملك الأصل يصير في معنى ضمان التجارة]^(٩)

وأما تعليقه فهو أن: [كفالة كل واحد من شريكي المفاوضة عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما]^(١٠)، بمعنى أن ثبوت الالتزام على الشريك غير المباشر للفعل، يحمل له مع ذلك مصلحة.

- [ما كان من تصرفات أحد شريكي المفاوضة هو ما كان من عقود الاكتساب]^(١١).

أما المفاوضة عند المالكية فجاء الضابط العام فيها: [إن قامت البينة على أنه مفاوضك فلا يختص أحدكما، وجميع ما بأيديكما بينكما إلا ببينة تخصه]^(١٢).

(١) رفيق المصري، شركة الوجوه، ص ٢٨.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٩ .

(٣) رفيق المصري، شركة الوجوه، ص ٢٩.

(٤) رفيق المصري، شركة الوجوه، ص ٢٩.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/ ١٩٣.

(٦) أخرجه البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الشركة ، باب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية في الصدقة ، ح(٢٣٥٤)، ٢/ ٨٨٠ .

(٧) السغدني، التنف، ١/ ٥٣٢ .

(٨) شيخ زادة، مجمع الأثر، ١/ ٣٤٠ .

(٩) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٦٢ .

(١٠) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢٠٦ .

(١١) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢١٧ .

(١٢) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٦ .

ويقصد بالكفالة عموماً: (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً بنفس أو دين أو عين؛ كمغصوب)^(١)، فهي بمعنى الضمان، وهو إن كان فيه معاوضة، أو شائبتها مما يجري مجراها، كان من الضمان الذي يصدق عليه موضوع المعاوضة.

والمعنى هنا أن شريكي المعاوضة يشتركان في كل حق وجب بسبب يتصل بالمعاوضة، وفي المقابل يتضامنان في كل واجب اتصل بعقدتهما وتجارتهما - لانحوبة أو ميراث أو مكسب استحقه أحدهما خاصة -، ولا تفسد المعاوضة بوصول شيء من ذلك إلى أيديهما إن كان من غير النقود، أو كان منها ولم يقبضه الشريك^(٢).

وذهب ابن أبي ليلى إلى اشتراكهما في هذه الأشياء؛ لأن مقتضى المعاوضة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما، فيثبت مما هو مقتضاها^(٣).

والحق أن الحنفية لم يقولوا بالاشتراك في هذه الأسباب؛ لأنها أسباب خاصة للملك، فلا تدخل بالشركة، إلا أنها قد تخرق نظامها الخاص الذي اصطلحوا على قواعده وأحكامه . وكان المطلوب هنا أن تكون عين تراقب تحقيق المساواة بين الشركاء في أصول شركتهما، وأخرى تحمل الشركاء مسؤولية عمل كل واحد منهما على التضامن.

أما المالكية فإنهم وإن لم يقولوا بابتداء المعاوضة على الكفالة؛ إلا أن أحكام الشركة عندهم تضمنت معنى الكفالة بلا نص صريح.

ويتفرع عن الضابط:

أولاً: في تحديد الالتزامات التي تقبل الاشتراك في المعاوضة:

الضابط: [ما يلزم أحد شريكي المعاوضة من الديون بسبب تصح فيه الشركة فإنه يلزم شريكه - كالبيع والإجارة - ونحوهما، وما لزم بسبب لا تصح فيه الشركة لا يلزم - كالنكاح بدل الخلع والصلح عن دم العمد]^(٤)، لأن مواضع التهمة مستتناة من الكفالات عند أبي حنيفة^(٥).
وفصل الديون التي يصح الاشتراك فيها [كل دين ترتب على أحد شريكي المعاوضة من كفالة بمال بأمره، وغصب كاستهلاك وديعة أو وجودها يلزم الآخر]^(٦)

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٤/ ٢٤٩ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢٠٦ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢٠٦ . ولعل هذا القول هو الذي دفع من منع المعاوضة أن يتجرأ على الحنفية في تنظيمهم لهذا النوع من الشركة، وذهبوا أبعد من ذلك لما قالوا بأن المعاوضة ضرب من القمار السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٦٥ .

(٤) شيخ زادة، مجمع الأثر، ١/ ٣٤٠ - ابن مودود، الاختيار، ٣/ ١٤ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٤ .

(٥) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٩٥ .

(٦) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٥٦، ص ٧٢٢ .

ونفهم من هذا الضابط اشتراط الحنفية المساواة بين الشريكين مفاوضة في كل ما يصلح رأس مال؛ حتى تقع الكفالة موقعها الشرعي، لأن (الكفالة إنما تصح بما هو مضمون على الأصيل)^(١) وعليه:

- ١- إن كل ما استأجره أحد الشركاء؛ فإن الأجرة تلزم صاحبه كما تلزمه^(٢)، لأن الإجارة من عقود التجارة، فمن أدى منهما رجع على الآخر لأنه أدى ما كفل عنه بأمره^(٣).
 - ٢- أما ما لزمه من أرش الجناية^(٤)، أو بدل خلع، أو نفقة زوجة أو أقارب فلا تجب على الشريك الآخر؛ لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه، فلا تلزم إلا المباشر، لأن كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد إلا ديون التجارة- وما يقتضيه عقدها- وليست هذه منها^(٥).
 - ٣- وبحث الحنفية الحكم في ما لو كفل أحد الشركاء آخر؛ هل يلزم ذلك شريكه، وهل تقع هذه الكفالة الطارئة موقع الكفالة الأصلية التي قام عليها عقد المفاوضة؟ وتنوعت صور الضمان- الكفالة- من أحدهما لغيره على أنواع:
- أ) الكفالة العامة:

وهي نوعان؛ الكفالة بالمال، والكفالة بالنفس، أما الأولى فإن كانت بأمر المكفول عنه؛ بأن كفل شريك المفاوضة آخر- ضمنه- بالمال، لزم الضمان الشريك الآخر عند أبي حنيفة؛ لأن الكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء، فهي توافق مقتضى عقدهما^(٦).

أما عند أبي يوسف فلا تلزم الشريك ولو مع الأمر؛ لأنها تبرع بدليل أنها تعتبر - الكفالة بالمال- في حق مريض الموت في حدود الثلث، وأنها لا تصح من الصبي^(٧).

ورد عليه؛ بأن القياس على مريض الموت غير صحيح؛ لأن كفالته غير صحيحة ابتداء، فلا تصير معاوضة^(٨).

وكأن مرد الاختلاف بين أبي حنيفة، وأبي يوسف هو: هل هذا الإقرار من الشريك بمعنى المفاوضة التي قامت عليه الشركة، أم أنه بمعنى التبرع الذي يمنع منه؟^(٩)

(١) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ٩٨.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣١٥.

(٣) البابرتي، العناية على الهداية، ٦/ ١٦١ - القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٦.

(٤) الأرش هو الشجة، ويقصد بأرش الجناية: دية الجراحة. انظر: مجمع اللغة العربية المصري، المعجم لوسيط، دار عمران، ط ١، ٣/ ١٤.

(٥) البابرتي، العناية على الهداية، ٦/ ١٦١ - القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٦.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢١٣.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق، ص ١٩٥.

لذلك منعت الكفالة بالنفس قولا واحدا لأنها تبرع ابتداء وانتهاء فلا تلزم الشريك، وكذا الحكم في الكفالة بالمال إن كانت بلا إذن^(١).

وتطبيقا عليه: إذا قام شريك المفاوضات بضمان إصدار أسهم شركة تحت الاكتتاب؛ بمعنى الاتفاق عند تأسيس الشركة مع من يلتزم بشراء جميع الإصدار من الأسهم أو جزء من ذلك الإصدار - وليكن شريك المفاوضات -، يتعهد فيه الملتزم - الشريك - بالاكتتاب بالقيمة الإسمية في كل ما لم يكتب فيه غيره. وهي صورة من الكفالة بالمال التي يملكها المفاوض، وله مصلحة فيها من تسويق الأسهم والحصول على الأجر^(٢)، وليس على مجرد الضمان.

ب) ضمان الإقراض - فهل يلزم شريك المفاوضات ضمان ما أقرضه شريكه؟ عند الحنفية قولان:

الأول: أنه إعارة محضة في الابتداء والانتهاؤ ولا معاوضة فيه فلا تلزم الشريك، وعليه يضمن نصف ما أقرض لشريكه، لأنه متعد بتصرفه في نصيب الآخر على غير وجه المصلحة، ولا تفسد المفاوضات، لأن المساواة بينهما لم تنخرم، إذ المضمون له إنما اختص بملك دين، وهذا لا يفسد المفاوضات^(٣).

الثاني: وقيل في رواية عند أبي حنيفة: أن له شيئا بالمعاوضة بلزوم المثل، وعليه يلزم شريك المفاوضات^(٤). وعلى هذه الرواية، لا تفسد المفاوضات بقبول شريك المفاوضات شيئا مؤجل الدفع، بدل الاستلام الفوري للمبلغ من المتعامل معه، لأنه في واقعه إقراض للثمن، فيلزمهما.

ج) ضمان الغصب والاستهلاك، وضمان المخالفة في الوديعة والعارية والإقرار بهذه الأشياء يلزم الشريك؛ أما ضمان الغصب فلأن الضمان فيه يفيد تملك المضمون، وتملكه لا يقع للغاصب بل يقع للشركة حيث كفل كل واحد منهما الآخر^(٥).

وأما ضمان الوديعة عند أحدهما إذا مات مجهلا إياها؛ فالمودع بالتجهيل - بمعنى أن لا يحدد الوديعة من جملة ماله، ولا علامة فارقة لها وكانت من جنس مال الشركة - يصير متملكا للوديعة، ويؤكد الضابط: **[الأيدي المجهولة عند الموت تنقلب أيدي ملك]**^(٦)، فكان ضمانها هو ضمان ما وجب بتملك أحدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزما، لأن المال في الواقع أصبح من

(١) المرغيناني، الهداية، ٦/١٦٣ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٤/٢٤٩.

(٢) معايير هيئة المراجعة والمحاسبية للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي ١٢، البند ٤/١/٤، و صدر بشأن جواز ضمان

الإصدار قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٣ (٧/١).

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٦.

(٤) المرغيناني، الهداية، ٦/١٦٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٧٢.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/٢٠٧.

جملة مال المفاوضة، وهما فيه واحد^(١)، هذا عند أبي حنيفة ومحمد، أما عند أبي يوسف فهي ليست من التجارة، فصارت كأرش الجناية^(٢).

د) لو أخذ شريك المفاوضة المال من غيره على وجه المضاربة، وقد تقرر جوازه أخذاً ودفعاً، ثم تلف المال بيد المضارب - شريك المفاوضة -، فهل يلزم الشريك الآخر الضمان؟
لا خلاف أن ضمان المضارب إنما هو في حالة التعدي، وهي في ما أرى أشبه بضمان الجناية حيث تقرر أنها لا تلزم الشريك غير المضارب، بمعنى أن فيها خروجاً عن نطاق الالتزام الذي اقتضاه ما في المفاوضة من كفالة، أما إن كان التلف بخير تعد فإن الشريك المضارب لا يضمن أصلاً، فلا وجه لتضمينه..

ه) ضمان تصرف أحدهما بالبيع الفاسد: فإذا أخذ أحد المتفاوضين من رجل ما لا يبيع فاسد، فاشترى به وباع، كان البيع للشركة، والضمنان عليهما^(٣)، وضابطه: [أن الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الأحكام]^(٤)

وبناء على التفصيل في ما يلزم الشريك مفاوضة من الضمان وما لا يلزم؛ فإن الشريك الجاني إن حصل منه إنكار، ودُعي الشريك الآخر ليحلف؛ فإنه في ما لا يلزم ضمانه عليهما يحلف الشريك الذي لم يل على العلم، وأما في ما كان الضمان فيه عليهما - بسبب تعلقه بتجارتهما - فإن للمدعي على الشريك الجاني أن يحلف المدعي عليه على البتات وشريكه على العلم^(٥).
والضابط هنا أن [كل واحد من المتفاوضين لو أقر بما ادعاه المدعي كان إقراره ملزماً إياهما، فإذا أنكر يستحلف] ثم [كل ما لزم شريك المفاوضة بإقرار شريكه يحلف المدعي عليه على البتات، وشريكه على العلم]^(٦)، وكان مباشرة العقد أثرت في صفة اليمين.
فإذا نكل عن اليمين قضي للمشتري، لأن نكوله كإقراره، وإقرار أحدهما ملزم لهما^(٧).
وكذلك الحكم في البيعة بالدين تُسمع على الكفيل، كما تسمع على المكفول عنه - شريك المفاوضة -^(٨)، لأن لها تعلقاً بحكم عقدهما، وهما كما تبين كالرجل الواحد.

(١) السرخسي، المبسوط، ٢٠٦ / ١١ .

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣ / ٣١٥ .

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٩٩ - القرافي، الذخيرة، ٨ / ٥٦ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢٠٠ .

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٦٢ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢١١ . لأن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم.

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢١١ .

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٣ .

ثانياً: ويتفرع عن الضابط في تعاملات الشريك مفاوضة:

- (١) وضابط ذلك: [كل شيء مما هو لشريك المفاوضة خاصة إن باعه فليس لشريكه أن يطالب به، ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن] ^(١) فإن قبض، وكانت من النقود فسدت، وإلا بأن كانت من العروض أو الديون فلا، كما لو كان لأحدهما عقار، فبإبداله بسيارة مثلاً، أو بنقد مؤجل، فإن المفاوضة على حالها، أما ما قبضه من نقد حال فتنفسد به المفاوضة، لتمييز أحدهما بملك ما تستوجب الشركة فيه، مع عدم إمكانية الاشتراك؛ لأن العلاقة بينهما خاصة بالتجارة وتوابعها مما تعلق به عمل الشركة، وأما في ماعدهما فتبقى خصوصية الشريك قائمة.
- وكذلك الحال لو ورث أحدهما ديناً وهو دنائير لا تبطل المفاوضة حتى يقبض، لأن الشركة لا تصح فيه، فإن قبض بطلت لأنه أصبح بحالة لا تصح ابتداء المفاوضة بها ^(٢).
- (٢) أما لحاجة الراتبة - من نفقة الطعام واللباس - فلما كانت معلومة الوقوع، وكل ما كان معلوم الوقوع استنتني بدلالة الحال ^(٣)، والضابط: [أن الاستثناء المعلوم بدلالة الحال، كالاستثناء المشروط بالمقال] ^(٤).

- فيختص كل واحد منهما بطعامه، وشرابه وطعام أهله، إلا أنه إن لم ينقد الثمن كان للبائع أن يطالب الشريك الآخر الذي لم يل الشراء لمعنى الكفالة بينهما، وهو كذلك عند المالكية إن تساوى - أو تقارباً - في الأولاد عدداً، وحاجاتهم العمرية ^(٥).
- بمعنى أن الاستثناء من حكم الشركة يتقدر بقدره، ويبقى ماعده على الأصل، وليس في ذلك تضاد أو انقضاء في الأحكام، وإنما التزام بمقتضيات العقد.
- (٣) ضابط [كل ما ملك فيه شريك المفاوضة التقبل على نفسه وعلى صاحبه فالأجرة لهما] ^(٦) إن أجر شريك المفاوضة نفسه لحفظ شيء، أو خياطة أو نجارة فما اكتسبه بينهما؛ لأنه يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه في حق صاحبه - بمعنى أنه يلزمه ويلزم شريكه -، بخلاف ما لو أجر نفسه للخدمة فالأجرة له خاصة، لأنه بدل يستوجهه بتسليم نفسه، ونفسه ليست من شركتهما ^(٧).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢١٩ - وقريب من هذا المعنى قال المالكية، انظر: القرافي، الذخيرة، ٨ / ٥٧ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢١٩ .

(٣) الغنيمي، اللباب، ٢ / ٧١ .

(٤) الباز، مجلة الحكام العدلية، المادة ١٣٥٧، ص ٧٢٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٤ - الخرشبي، حاشية الخرشبي، ٦ / ٤٨، وعند المالكية يسبق ذلك اشتراط المساواة في المالكين، والمساواة في النفقة.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٥ .

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢٢٠ .

وعند المالكية الشريك في المفاوضة إن أجر نفسه فلا يدخل معه شريكه عند ابن القاسم^(١) بل يختص بكسبه، والضابط هنا: [إن عمل في وقت لم يتوجه عليه فيه عمل بالبرج]^(٢) في حين رأى فريق آخر أن منافع كل منهما ملك صاحبه بمقتضى العقد، فلا يستبد بأجرة استحقاقها لعمل نفسه^(٣)، والضابط لهم: [المفاوضة من باب تفويض كل واحد النظر في ما يجر نفعاً]^(٤) وكان الكلام في هذه الضوابط من تعاملات الشركاء مفاوضة على ثلاثة مستويات: ما كان من تجارتهما، ثم شراء أو بيع حاجات خاصة، ثم ما كان من الحاجة الراتبية .

وأختم بالفرق بين المفاوضة عند المذهبين - الحنفي والمالكي -؛ إن المفاوضة عند المالكية هي نوع مستقل - وليست كما هي عند الحنفية حالة من التعامل في أنواع الشركة - وحكم أصلي، لذلك تراهم تركوا التفصيل في أحكام العنان اكتفاء بما جاء في المفاوضة، ويبدو لي أن السبب في ذلك هو أن المفاوض لما كان له أن يستبد في جميع التصرفات، حضر شريكه أو غاب، ويلزم تصرفه الآخر؛ استدعى الأمر معرفة الشريك ما له وما عليه^(٥).

وهي عندهم عامة وخاصة، أما عند الحنفية فلا تكون إلا عامة .

المطلب الثالث: الضوابط الفقهية في شركة الأعمال :

ضابط الأول :

[عنان شركة الأعمال في حكم المفاوضة من حيث ضمان العمل واقتضاء البذل]^(٦) وفي ما

عدهما لم يجر العقد مجراهما^(٧).

والضابط وإن تناول حكماً خاصاً بالحنفية حيث أجروا وصف العنان والمفاوضة على كل قسم من أقسام الشركة، إلا أن الكلام متفق عليه عند كل من أجاز الشركة بالأعمال^(٨).

والضابط يجمع بين مقدمة ونتيجة؛ أما المقدمة فهي أن شركة الأعمال الشركاء فيها متضامنون في ما بينهم - كالشخص الواحد في ما يستوجب عليهما مما هو من شركتهما - كما المفاوضين

في شركة الأموال في أمرين استدعتهم طبيعة العقد هما؛ في وجوب العمل، وقبض البذل.

(١) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٥٢ .

(٢) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٦٠ .

(٣) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٥٢ .

(٤) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٦٠ .

(٥) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٥٥ .

(٦) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٨٩ - الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة، ١٣٤٦، ص ٧١٧.

(٧) البابرني، العناية على الهداية، ٦/ ١٨٩. من ذلك أنه يستثنى إقرار أحدهما على الآخر، فلا يقبل. انظر ابن الهمام، شرح فتح

القدير، ٦/ ١٨٩ .

(٨) المرادوي، الإنصاف، ٥/ ٣٤١ .

ويقصد بضمان العمل: أن يصير العمل ديناً في ذمة العامل يجب عليه أدائه،^(١)؛ بمعنى أن كل واحد من الشركاء مطالب بأداء ما توجه إليه أو إلى شريكه من عمل بمقتضى شركتهما - وقد يصرّفانه إلى آخر - ولا يقبل تذرّع أحدهما بأنه لم يتقبل فلا مساءلة عليه؛ إلا أن يشترط الدافع أن يقوم أحدهما بالعمل، ويخصّصه لمصلحة أروادهما.

وبناء على ذلك كان الشريكان في اقتضاء البذل - بمعنى تحصيل الأجرة - يدا واحدة؛ أي أن قبض أحدهما كقبضهما، وضمّانه عليهما إن هو تلف أو تعيب بسبب أحدهما، لأن ذلك من مستلزمات العمل.

والداعي إلى هذا الضابط من سحب حكم المفاوضة على عنان شركة الأعمال؛ هو عدم اجتماع الشركاء على أصل مالي يبتدأ به العمل شركة، إذ أن مدار هذه الشركة على بيع منافع بدن كل واحد من الشركاء بمنافع بدن الآخر، فاحتاج القول بالجواز إلى تقرير أصل يستند إليه هذا الاشتراك في الربح - أو الأجرة كما رأى الحنفية - فكان القول باجتماعهما على ضمان العمل، وما يستلزمه من وحدة يدهما قبضاً ودفعاً.

وهو السبب الذي حدا بالشافعية إلى منع الشركة بالأعمال؛ لأن مقصود الشركاء هنا هو العمل، والمقصود من شركة الأموال هو المال، ولما كانت الجهالة بمقدار المال توجب فساد العقد، كانت جهالة العمل توجب فساد الشركة^(٢).

وعليه فإن شركة الأعمال سواء قيدت بالمفاوضة أو أطلقت، فإنه يحكمها قواعد شركة المفاوضة في ثلاثة أمور^(٣):

١ - ضابط [ما تقبل أحد شريكي الصنعة لزم الآخر عمله وضمّانه]^(٤)

٢ - ولكل من الشريكين المطالبة بالأجرة .

٣ - ولو دفع المستأجر - طالب العمل - إلى أيهما برأ.

وهذه الأحكام تتسجم وما في المفاوضة من الكفالة، وأما في العنان فكان ثبوتها استحساناً؛ وجه الاستحسان: أن العمل في شركة الأعمال كالثمن في شركة الأموال، وكما يرجع الشريك بالأموال على شريكه في ما يخصه بحصته من رأس المال، فكذا يرجع عليه هنا بالعمل، ولكن طبيعة العقد استدعت أن يكون الرجوع قبل العمل، إذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه، بخلاف

(١) المرادوي، الإنصاف، ٥ / ٣٤١

(٢) الماوردي، الحاوي، ٦ / ٤٧٩ .

(٣) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١ / ٣٤٣ - المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٨٨ .

(٤) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٨ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦٢ - المرادوي، الإنصاف، ٥ / ٣٣٩ .

الثمن، ولهذا استوى حكم العنان بالمفاوضة فيها، وترتب ضمان العمل في ذمة كل واحد منهما بمجرد تقبله دون التفات إلى وصف الشركة (١).

هذه الشركة مقتضية الضمان بدليل أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر (٢) ولما كانت الضرورات تقدر بقدرها؛ فكذا الأحكام الاستثنائية فإن الكفالة في عنان الأعمال تقتصر على ضمان العمل، وما استتبعه من استحقاق الأجر، أما في ما عداها فلا كفالة لعدم تحقق مناطها.

وعليه لو أقر بدين لزم من أمر الصناعة كثر من مواد أولية، أو أجرة محل العمل لمدة خلت؛ فلا يصدق على شريكه إلا ببينة؛ لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب للمفاوضة، ولم ينصا عليها (٣) وعليه؛ لو نصا في العقد على المفاوضة، أو ذكرا مقتضياتها، كان الشريكان سواء في تقبل العمل، واقتضاء البذل، بل وفي كل ما لزمهما من أمور عملهما؛ كأجرة محل ومستلزمات العمل (٤)، وأما إن أطلقا أو نصا على أنها عنان؛ فإن الضمان هنا محدود في مجال تقبل العمل وحقوقه ولا يتجاوز ذلك، فلا يطالب في ما عدا ذلك إلا المباشر للسبب دون صاحبه، عملاً بالأصل من أن حقوق العقد تختص بالعاقدة (٥).

الضابط الثاني:

ضابط: [المشروط في شركة الصنائع مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه] (٦)

- [شركة الأعمال لا تتعقد إلا على الضمان] (٧)

وبصيغة أخرى: [ضمان العمل نوع من العمل] (٨)

الأصل في شركة الأعمال أن التقبل هو حق لكل شريك وإن لم يباشره، فالشرط هو عدم نفي التقبل عن أحدهما لا التنصيب على تقبل كل منهما.

والضمان هنا بمعنى؛ تحمل كل واحد عن الآخر ما يلزمه، وذلك في حدود ضبط حقوق العمل؛ من الصنعة وبدلها من أجرة أو بدل التلف، وليس على الإطلاق.

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/ ٣٢١ .

(٢) المرغيناني، الهداية، ٦/ ١٨٩ - البابرني، العناية على الهداية، ٦/ ١٨٩ .

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٩ .

(٤) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٢ .

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٨ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٦ .

(٦) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/ ١٨٥ .

(٧) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٥ .

(٨) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة، ١٣٤٦ .

وصورة الضابط؛ أن يتفق اثنان على أن يكون أحدهما كواجهة للاستقبال؛ لبشاشته وقدرته على ملائمة المتعاملين؛ وأن يعمل الآخر، بشرط أن يتقدم عملهما عقد شركة على الاجتماع في الأعمال، هذا عند الحنفية^(١).

وهو قول الحنابلة في الأصح^(٢)، وذهبوا في ذلك بعيدا لما قالوا بأن الشريك يستحق ما تقرر له وإن ترك العمل بغير عذر^(٣). ولا أرى وجها لهذا القول؛ إلا أن يُجعل التقبل ذريعة لغمط حقوق الناس، والأصل الشرعي استقر على أن (كل تصرف تقاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع)^(٤)، وما لم يشرع لا عبرة له.

أما المالكية فقد منعوا من أن يتفق رجل وصانع على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر وما رزق الله بينهما، وإن حصل فإن الأجرة للصانع^(٥)، وليست العبرة عدم تقدم العقد بينهما، ولكن لأن المالكية اشترطوا المساواة بين العمال في هذه الشركة بالعمل ونوعه والآلة والمكان؛ حصرا للغرر فيها ما أمكن.

ومع ذلك أجاز المالكية أن يتقبل أحد الشركاء في حضور الآخر أو غيبته القريبة، أو مرضه الذي يلغى عرفا-كالיום أو اليومين-، وتبقى الشركة بينهما مع عمل أحدهما، ويبقى الربح بحسب الشرط^(٦).

أما إذا تقبل الشريك العامل في غيبة الآخر البعيدة؛ وقام بما التزمه لطالب الصنعة، كانت الأجرة له خاصة والضابط لهم هنا: [من تكون العهدة عليه، فالغلة له والضمان عليه]^(٧) لأن تقبله وعمله كان منه وحده، وكما لو أنه لأشركة بينهما.

ويقصد بالعهدة الضمان (كضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب)^(٨)، أما إن تقبله معاً ثم غاب أحدهما غيبة طويلة -لمرض أو غيره- فإن العامل منهما يرجع بأجرة مثل عمله على صاحبه، وتبقى الأجرة الأصلية بينهما والضمان عليهما، إلا أن يتبرع بأجرته، ويلتزمان بشرطهما الأصلي^(٩).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٦ .

(٢) المرادوي، الإنصاف، ٥/ ٣٤٠.

(٣) المرجع السابق .

(٤) المقري، القواعد، ٢/ ٦٠٠ .

(٥) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٣٠ .

(٦) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٧٦ .

(٧) القرافي، الذخيرة، ٨/ ٣١ .

(٨) الجرجاني، علي، التعريفات، ص ١٣٩.

(٩) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٧٦ .

أما وجه استحقاق الشريك الذي لم يعمل-المتقبل- للربح عند الحنفية؛ هو أن ظهوره للمتعامل والتزامه صنع ما تعاقد عليه أوحى للزبون بأن العمل منه، وأنه ضامن له فالتقبل من صاحب الحانوت عمل، ولا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيديه^(١).

ولما كانت الشركة تتعقد على الوكالة في كل أبوابها؛ كان كل واحد منهما أصيلاً في نصف العمل المتقبل، ووكيلاً في نصفه الآخر ليتحقق مسوغ الاشتراك بالمال المستفاد من العمل، فالمشروط في شركة الأعمال مطلق العمل وليس عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه^(٢).

وعليه فإن ضمان كل عامل في الشركة إنما يتقدر بما شرط عليه من العمل، لا بوجود العمل حقيقة، وهذا التقدير ضروري لأنه معيار تحديد ما يستحق كل واحد منهم من الربح^(٣). إلا أن المالكية قالوا: إن الضمان-الإلتزام- من الشركاء جميعاً إلا أن يشترط المتعامل العمل على أحدهم بعينه، فإن عين أحدهم للعمل وخالف؛ فإنه وحده من يضمن المال^(٤).

وهنا يمكن رد سبب الخلاف بين الحنفية من جهة، والمالكية وزفر من جهة أخرى؛ في اشتراط المالكية اتحاد الصنعة بين الشركاء، معللين ذلك أن يكون في مقدور كل واحد من الشركاء أن يقوم بالعمل إن عجز الآخر عنه^(٥)، أما الحنفية فعللوا عدم اشتراطهم وحدة الصنعة بأن مناط الصحة إنما هو صلاحية العمل للتوكيل فيه، والتوكيل بتقبل العمل صحيح، وأما العمل بعد ذلك فليس بلازم على الموكل، فله أن يقيمه بالأجرة^(٦)، حتى إذا عمل أحدهم ولم يعمل الآخر استحق ما وجب له بالشرط^(٧).

تطبيقات الضابط العملية:

-ومن تطبيقات الضابط بناء على ما قرره الحنفية؛ ما ظهر اليوم من شركات إقامة وتنظيم المعارض والحفلات الإجتماعية، بحيث تتقبل الشركة العمل، ثم تعهد بالتنفيذ المهني والفني إلى مجموعة من الحرفيين المتخصصين مقابل أجره محددة، وتختص هي بالربح مقابل ضمان العمل .

-وكذلك ما تقوم به شركات المقاولات والإنشاءات-أو التعهد من الباطن-بتقبل العمل مقابل نسبة معينة من الربح، ثم تعهد به إلى آخرين بنسبة ربح أقل.

(١) البابرني، العناية، ١٨٧/٦ .

(٢) المرغيناني، الهداية، ١٨٦/٦ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ١٨٧/٦ .

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٦١/٣ .

(٥) البابرني، العناية، ١٨٧/٦ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٧- المرغيناني، الهداية، ١٨٦/٦ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٧/٦ .

(٧) الغنيمي، اللباب، ٧٦/٢ .

-ولا يقبل في هذه الشركة النموذج الذي قال به بعض الحنابلة من الشركة بين الدالين-وهي من اسمها من يدل على البضاعة- لأن الشركة الشرعية الأصل فيها أن لا تخرج عن الوكالة والضمان^(١)، وهما غائبان عن الدال على البضاعة.

الضابط الثالث :

[ما لا يستحق بعقد الإجارة فلا تصح فيه شركة الأعمال]^(٢)

والضابط هنا يتناول العمل كمعقود عليه في شركة الأعمال، بعد أن تحدد بالشكل العام في الفصل الماضي أن يكون مما يصح التوكيل فيه .

وهو يعرض لما يصلح من الأعمال أن يُستأجر عليه وتكون أجرته شركة، وما درج عليه من الأمثلة من النجارة أو الخياطة وغيرها من المهن التي أخذ العامل فيها شكل الأجير المشترك؛ لأن المقصود من هذه الشركة؛ تحصيل المال بالتوكيل فيها-الأعمال-، واستحقاق الأجرة عليها، وهذا ممكن^(٣).

وأما ما لا يستحق بعقد الإجارة فلا تصح فيه شركة الأعمال، ولعل السبب هو اقتراب هذا النمط من الشراكة إلى عقد الإجارة، حتى أن بعض الفقهاء ذهب إلى تسمية الربح فيها بالأجرة، إثباتاً لقاعدة أن الربح ثمرة العمل بالمال، ولا مال في هذه الشركة^(٤).

والمقاربة مع الإجارة هنا ليست من كل وجه، فلا تحتاج هذه الشركة إلى تحديد مدة، بل تجوز مطلقاً كالمضاربة، لأن المعنى المجوز من إمكان التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافها^(٥).

التطبيقات الفقهية:

(أ) تعتبر شركات تخليص البضائع اليوم مثلاً لما يصدق عليه موضوع الضابط.
 (ب) ومن النماذج أيضاً ما ظهر من إقامة شركات مناط العمل فيها استقبال الأسئلة بالفتاوى الشرعية، حتى أنها نالت الترخيص في بعض الدول الإسلامية، وعملها على مدار الساعة، من خلال اجتماع عدد من رجال العلم للإجابة عن تساؤلات الأفراد، وهي تدفع ضريبة تأسيس وعمل، وطريقة الاشتراك تكون بتحصيل ثمن المكالمات الموجهة إلى المعنيين بالرد على

(١) المرادوي، الإنصاف، ٥/٣٤١- البيهوتي، كشف القناع، ٣/٥٦٣. وقالوا في سبب المنع؛ لأن مبدأها يقوم على أن يقول أحدهما للآخر: أجر دابتك والأجرة بيننا.

(٢) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٦٦.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣٢١ .

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣٢١ - الغنيمي، اللباب، ٢/٧٥.

(٥) المرغيناني، الهداية، ٦/١٨٦ - الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣٢١ .

الأسئلة، حتى يجتمع لهم رصيد في نهاية كل فترة معينة يقتسمونه بحسب اتفاقهم على نسبة الربح عند إنشاء العقد.

وهي بالنظر الأولى تصح عند الحنفية حيث لا يشترط اتحاد موضع العمل، ولا تلازمه، وتصح عند المالكية إن قاما بتوزيع ساعات العمل عليهما، أو اجتمعا في مكان وتولوا الرد. والحقيقة أن الصورة يتنازعها حكمان:

الأول: هل يباح الاستئجار لبذل الفتوى الشرعية وتنزيل الحكم الشرعي بحسب الوقائع في الأمور المتخصصة والتي يحتاج الناس إلى العلم بها، حتى قامت شركات فتاوى خاصة بمسائل الأسواق المالية والمشاركات.

الثاني: مدى الإلتزام الديني الذي يفرضه العلم بالحكم الشرعي على العالم تخليصاً لنفسه من مغبة أن يلجم بلجام من نار إن هو كتم علماً^(١).

أما الاستئجار على القيام بأمور الدين - كالأذان والإقامة - والعلوم الشرعية - كتعليم القرآن -، وإن كانت في الأصل لا تصح كسائر القرب - وقيل تكره^(٢)، وإنما أجازت استحساناً للحاجة خوفاً من انقطاع العمل في ما لابد للناس منه^(٣)، وما أجاز استثناء لا يصير أصلاً مقيساً عليه، فهو يلازم محله.

فلا حاجة في واقع الأمر لهذا النوع من الشركة بالأعمال والأولى وأدها في مهدها قبل أن تصبح نظام حياة، إبقاء على المهابة التي يفترض أن يتحلى بها رجل الدين، وقبل أن يسيطر المفهوم المادي وتحصيل الربح على أي قيمة معنوية، أو دينية . ثم إن في خدمات دوائر الإفتاء في البلاد الإسلامية ما يغني، وإن كانت مطالبة بزيادة كفاءة عاملها .

(١) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن، الترمذي ، كتاب العلم ، باب ما جاء في كتمان العلم، سنن الترمذي ح (٢٦٤٩)، ٢٩/٥ -

وأخرجه أبو داود ، سنن أبي داود كتاب الأفضية ، باب كراهية منع العلم ، ح (٣٦٥٨)، ٣٢١/٣ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٦٨/٦ .

(٣) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٥٩/٢ .

الضابط الرابع:

[كل ما قلل المخاطرة والتجهيل، معتبر كشرط في شركة الأعمال]^(١)

وأصل هذا الضابط تقرر لتحقيق مناط شركة الأعمال من المعاونة، بعد أن غابت المقدمات المالية والتي تشكل الذمة الأولية للشركة، لذلك كان المطلوب من الشركاء تحقيق الاجتماع في ما هو من أصول العمل.

والمخاطرة بما هي جهل الكون^(٢) - ماسيكون عليه الشيء -، والجهالة بما هي عدم العلم بحقيقة الشيء وكينونته، وهما طريقان للنزاع غالباً لما فيهما من الغرر، كان سد بابهما واجب شرعاً، بمنع العقد على كل ما تحقق فيه مناطهما، والخطر في هذه الشركة محله أن عمل كل واحد منهما مجهول عند صاحبه، وهذا في الأصل ممنوع^(٣).

ومن هذا الباب قرر المالكية أن شركة الأعمال لا تلزم بالعقد ولكن بالعمل^(٤)، وكأنني أرى هذا الشرط من باب تقليل التجهيل ما أمكن.

فقد رأى المالكية^(٥)، وزفر من الحنفية في قول^(٦)، أن نفي الغرر في شركة الأعمال لا يتحقق إلا بمحاولة التقريب بين الشركاء في جملة من الأمور والتي عليها قوام عمل الشركة: - من اتحادهما في الصنعة ومكان العمل^(٧)، حتى أن من المالكية من قرر المنع إلا من المشاركة بألة العمل اشتراكاً تاماً؛ إما بالملك أو أن يستأجرانها من غيرهما^(٨).

- وأن يتحد عمل الشركاء، أو أقله أن يتلازم، بمعنى أن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر، فيحصل التكامل وصولاً إلى التعاون، تحقيقاً للإرفاق الذي هو سمة مباحث الشركة كما تقرر عندهم^(٩)، وإلا بأن يحصل التعاون بينهما وإن بمكانين بأن تجول يد كل واحد منهما على ما في يد الآخر^(١٠)، وكأنه من باب الإشراف والمتابعة لضمان سلامة العمل؛ هذا من جانب، ومن جانب

(١) صغت هذا الضابط بناء على ما تقرر عند المالكية من شروط صحة شركة الأعمال .

(٢) حمزه، الفرائد البهية، ص ١١٢ .

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ٢٧٩ .

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦١، ٣٦١ .

(٥) الدردير، الشرح الصغير، ٣ / ٤٧٥، ٤٧٤ . والغرر هو ما تردد بين جائزين على سواء، أو بترجح الأخوف منهما. الماوردي، الحاوي، ٣٥٩ / ٧

(٦) المرغيناني، الهداية، ٦ / ١٨٧ .

(٧) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٠

(٨) ومنعوا أن يستأجر أحدهما من الآخر الذي يملك الآلة، حتى يتحقق الاشتراك التام بينهما، ويبدو أن السبب في هذا التشدد؛ ما شاب

هذه الشركة من عدم الاشتراك برأس مال. القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٠ .

(٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦١ .

(١٠) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦١ .

آخر لضمان اتفاق نفاق السوق، وإلا بأن تباعدا واختلف مستوى الطلب على الصنعة وقع المحذور من الغرر وأكل أموال الناس بالباطل.

وكان تخصيص مواقع الشركات في المدن الصناعية من فوائده تحقيق هذا الشرط للمالكية. ولذلك منع المالكية شركة الحمالين بما يحملونه على رؤوسهم ودوابهم لاختصاص كل بعمله، وعدم الحاجة إلى اجتماعهم شركة، إلا أن يجتمعا في شيء بعينه - حمل - وإلى غاية معينة - نقطة انتهاء-^(١).

- واشترط المالكية كذلك التقارب في المستوى الفني للعامل في الشركة للقول بصحة الاشتراك، فمنعوا من الشركة بين الحاذق والمبتدأ في المهنة^(٢)، وهو أصل عام لهم في كل أبواب الشركة من ضرورة أن يتساوى الشركاء في العمل، بمعنى أن يأخذ كل واحد من الشركاء من الغلة بقدر عمله^(٣).

- ثم جاء الشرط بوجوب الاشتراك التام بملك الآلة إن كانت طبيعة العمل تستلزمها، وكانت مما له بال في العمل - كما في شركات المقاولات العامة -^(٤)، حتى يصير ضمانها منهما جميعا^(٥)، وكأنهم يقصدون بذلك تقريب العقد إلى الشركة بالأموال حيث الغرر فيها أقل منه في الأعمال.

والضابط عندهم [حيث كان القصد الصنعة لا العمل، أخرج كل منهما آلة بقدر عمله لأزيد]^(٦)، ومن مفهومه المخالف؛ أنه إن كان القصد العمل، اشتركا فيها .

ومن النماذج العملية التي عرضها المالكية للشركة بالأعمال؛ الشركة في البازين، أو الكلبين بمعنى الاشتراك في ما يصطادانه^(٧)، والسبب في إدخالهما في الشركة بالأعمال في مابدا لي؛ هو أن عملا بشريا ما أثر في كفاءة أداء هذه الحيوانات بتدريبيها، فكانت الشركة وكأنها اشترك مدربين في ما حصله متدربيهما، ولكن بشرطين: اشتركا ملكهما - كما في الآلة-، واتحاد طلبهما في المصيد والمكان^(٨) .

(١) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٨ .

(٢) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣١ .

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦١ .

(٤) ومع ذلك ذهبوا في قول إلى أنه إن وقع بغير ذلك مضى، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦١ - القرافي، الذخيرة، ٨ / ٣٠ .

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦١ .

(٦) العدوي، بهامش الخرشبي، ٦ / ٥١ .

(٧) البازي: هو من التطاول والإيناس، وهو في الدجن أشد طلبا للصيد. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ١ / ٢٤٥-٢٤٦ .

الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦٢ .

(٨) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٦٢ .

-ومنها أيضا الشركة في الحفر على الركاز^(١)، وعليه فإن شركات استخراج الغاز الطبيعي، والبحث عن الصوف الصخري وتصنيعه من هذا النوع من الشركة.

الضابط الخامس :

[المعدوم المتوقع ينزل منزلة الموجود]^(٢)

وهذا أصل من قال بجواز الشركة في الأعمال مع خلوها من الأموال، من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، كل بشروطه وضوابطه؛ لأن منافع شريكي الأعمال في عقد الشركة متوقعة الوجود، فصح وقوع اجتماع على هذه المنافع، أو فلنقل بيع منافع كل شريك بمنافع شريكه انسجاما مع قول المالكية من أن موجب الشركة البيع .

في حين أنكر الشافعية - إلا في وجه ضعيف - كل اجتماع لا يقوم على أساس الاشتراك بالمال وخطه بحيث ينعقد التمايز بين الشركاء^(٦)، حتى إذا انعدم المال في المعاملة، خلا وصف الشركة منها، لأنه اشتراك على معدوم، والربح سببه المال، فلما انعدم السبب بطل الأثر .

ومع ذلك صحح الشافعية صورة يدخل العمل فيها كعنصر أساسي - إلا أنه من الدرجة الثانية - بمعنى أنه يحصل بعد الاشتراك بالمال، فعلى أحد الوجهين عندهم يجوز اشتراك مالين وبدن صاحب أحدهما على سبيل الشركة والمضاربة^(٧)، وإلا بأن عمل الشريكان في شركة الأعمال بلا مال، وكان عمل كل منهما متميزا، اختص كل واحد بأجرته، وإلا بأن لم يتميزا، فما حصل لهم يقسم على قدر أجزور أمثالهما^(٨) .

وأضرب لهذا المعدوم مثالا؛ الشركة تعقد بين مدرب محترف في واحدة من الرياضات، على أن يدرّب آخر ممتهن للرياضة نفسها، على أن ما يحققه اللاعب من مكافآت أو أموال على عمله الرياضي يكون شركة بينهما بنسبة معينة.

وقد يعترض بعضهم بأن هذا الاتفاق ليس من الشركة التي تعقد على التجارة استجلابا للربح، فأقول: هذا قبل أن يتقرر أن للمحترف الرياضي سعرا يبذل فيه، وأنه ينتقل بالبيع من ناد لآخر،

(١) المرجع السابق. والركاز هو: دفين الجاهلية.

(٢) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ٣٥.

(٣) المرغيناني، الهداية، ١٨٧/٦.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٧٩ .

(٥) المرادوي، الإنصاف، ٥/٣٣٩ .

(٦) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/٥٥، ٥٦ .

(٧) المرجع السابق، ص ٧٢ .

(٨) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٧٩ - الشريبي، مغني المحتاج، ٣/٢٣٠ - الماردي، الحاوي، ٦/٤٨٠ .

وأن في اجتماعهما على التخصص في رياضة ما طمعا بالمكسب المادي شكلا من أشكال الشركة بالأعمال، والله أعلم.

المطلب الرابع: الضوابط الفقهية في شركة الوجوه:

الضابط الأول:

[الشركة لما كان التوكيل فيها ضمنيا، فإنه يعتفر فيها جهالة الجنس والنوع والثلث]^(١)

والضابط: [الأصل في العقود كلها الصحة حتى يقوم دليل الفساد]^(٢)

وأرى في هذا الضابط مسوغات عقد شركة الوجوه، أما الأول فإنه يرد جواز الفعل في شركة الوجوه إلى ما قامت عليه من الوكالة - صحة الوكالة -، وهي وكالة ليست مقصودة بل جاءت ضمنا في الشركة، فجاز لذلك أن لا يتم تحديد العقود عليه من ثمن أو مثن طالما أن الاشتراك حصل في ضمان المشتري، والتوكيل هنا ضمني لأن غرضه الربح والعمل بالتجارة مرة بعد مرة، ولأن العادة لم تجر أن يوكل الوكيل موكله، وهنا كانت^(٣).

أضف إلى ذلك؛ أن هذا النمط من الشراكة لا أظنه يجري بين شركاء متشاكسون، بل هو رجل سلما لرجل، بدليل أن اسمها مشتق من الوجاهة، وقد جاء في الحديث "أقبلوا ذوي الهيئات - العثرات - عثراتهم"^(٤)، وأظن الكلام من هذا الباب أو من مشتقات الحديث الشريف حيث أن الأمر الوارد بإقالة عثرات ذوي المروءات وعدم الوقوف عندها طويلا بسبب ندرتها أولا، ولمكانتهم ثانيا، وشريكي الوجوه أحسبهم كذلك.

ولما كان الغرض من تشريع المعاملات سد حاجات الناس، وهو تتحقق إن اعتمدنا على أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل الحظر، والشركة في الوجوه لم يتمكن فيها دليل المنع الذي رآه من قال بالبطلان، فالغرض في الوجوه احتمالي، لأن ضمانه هذا العقد تحققت في العاقدين؛ بأن يكونا من الوجهاء، وإلا لن يُعطوا بالدين .

ويرد عليه؛ إن المنع من الشارع بدليل المصلحة - مافي الشركة من الضرر - أكبر من مصلحة الإباحة المطلوب جلبها، هذا إن لم يغلب ضررها نفعها.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٧/٦ .

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٧/٢٩ - ٢٠/٥١٠ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦/٦ .

(٤) أخرجه النسائي، أحمد ابن شعيب أبو عبد الرحمن (ت ٣٠٣هـ)، سنن النسائي "المجتبى" ط ٢، ٨م، (تحقيق عبدالفتاح أبو غدة (مكتب المطبوعات : حلب، ١٤٠٦هـ، ح (٧٢٩٤)، ٣١٠/٤، وقال ابن حجر : قال العقيلي له طرق، وليس فيها شيء يثبت، انظر: ابن حجر، تلخيص الحبير ٨٠/٤ .

الضابط الثاني:

-الضابط عند الحنفية أن: [شريكي الوجوه العنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وعليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه، وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الأموال] ^(١).

-وفصله الحنابلة: [شريكي الوجوه في ما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصوماتهما كشريكي العنان] ^(٢).

-وخصت شركة الوجوه مفاوضة بضابط يصرح بشرطها: [أن يثبت التساوي بينهما في ما يجب لكل واحد منهما وعليه مما يجب في شركة المفاوضة بالمال] ^(٣) بعد أن يتلفظ بها، إن كانا من أهل الكفالة ^(٤).

وشركة الوجوه كما سبق تعريفها؛ أن يشترك اثنان لا مال لهما على أن يشتريا نسيئة ويبيعا بالنقد، وما تحصل لهما بعد سداد ثمن المشتري بينهما؛ بحسب ما التزمه من المشتري ^(٥).
وأما وقوع الشركة عنان فواضح؛ لأن مبنى هذه الشركة على الوكالة، وشريكي الوجوه وكل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو أثلاثا، فصحت الشركة على ذلك، وإنما يطالب بالالتزام في العنان من باشر السبب فقط، وذلك بمقتضى الوكالة ^(٦).
وصحت الوجوه مفاوضة؛ لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال - من الأثمان والمبيعات - ^(٧).

وأما من منع هذه الشركة فكان سبب منعه تمكن الجهالة من عدة وجوه؛ من انعدام المال فيها، ولأنها قامت على أن يقول أحد الشريكين لشريكه؛ تكفني وأكفك والكفالة أو الضمان من عقود الإرفاق، لا تجوز بأجر أو جعل ^(٨).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٧٧ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/١٠ - ابن قدامة، المقنع، ٢/١٨٣ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٦/١٨٩ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٧ .

(٥) الغنيمي، اللباب، ٢/٧٦ - ابن قدامة، المغني، ٥/٩ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٧ .

(٧) ابن الهمام شرح فتح القدير، ٦/١٨٩ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٣ .

(٨) الصاوي، حاشية الشرح الصغير، ٣/٤٦٧ - الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود، ١/١٨٩ - المصري، شركة الوجوه، ص ٣٦ .

أما الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢) فقالوا بجوازها، حتى أن الحنابلة أجازوها بإطلاق سواء عين أحدهما صاحبه ما يشترطه، أو قدره، أو وقته، أو لم يفعل، لأنه تحقق فيها مناط الشركة بأن يأذن كل واحد منهما للآخر بالتجارة، وأن يكون المبيع بينهما^(٣).

والضابط أراه توضيحا لعلة جواز الاشتراك في الوجوه - وفي الأعمال أيضا - وهو قابلية المحل أن يكون موضع إلتزام الشركاء سواء بأداء ثمن سلعة ما، أو القيام بعمل محدد وقابلية التصرف لأن يتحملة أطراف العقد .

وأما ما تدرع به المانعون من تمكن الجهالة في الوجوه، فيرد عليه بالقاعدة: **[يكفي في تحقق الشيء تحقق سببه]**^(٤)، والعقد في ما يصح التوكيل فيه هو سبب تصحيح التصرف منهما، والمسوغ لاشتراكهما في الربح.

وما يملكه شريكي الوجوه قرره الضابط سلبا وإيجابا؛ بناء على ما استقر من أحكام سبق تفصيلها في شريكي العنان والمفاوضة في الأموال:

وفي ضابط الحنابلة كان التنبيه على أهم ضرورات الشركة وجوه؛ من اعتبارهما كالشخص الواحد في التزامات الشركة؛ حقوقها - ضمان الثمن - وواجبتها - صحة مطالبة كل منهم بالثمن، وسماع الدعوى عليه في الخصومة بناء على الضابط **[من ملك المطالبة ملك الخصومة]**

الضابط الثالث:

[أيما عقد قام على أن يكون الضمان بجعل فهو باطل]^(٥).

أولا: شرح الضابط:

والكلام في الضابط يعلل المنع من شركة الوجوه بالإطلاق الذي وقع عند المجوزين، وأن الضمان الذي قامت عليه الشركة لا يصح، مع محاولة التصحيح لمواطن الخلل الشرعي - بحسب المانعين - .

وأعرض الكلام من ثلاثة محاور؛ دعوى المانعين من الوجوه، ودليل الدعوى، ثم وسائل معالجة ما وقع عليه الخلاف .

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٩ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥ / ٩ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١٠ .

(٤) البابرقي، العناية، ٦ / ١٨١ .

(٥) التسولي، البيهجة، ٢ / ٣٤٧ .

المحور الأول: صورة المسألة-الدعوى-؛ أن يتعاقد اثنان على أن يشتريا بلا مال، أو بمال قليل ويتفقا على أن ما اشتراه كل واحد منهما بالدين في ذمتها، وأن كل واحد منهما حميل عن الآخر-كفيل بالثمن-، ثم يبيعانه وما خرج من الربح بينهما^(١).

المحور الثاني: دليل المنع: فهي من باب تحمل عني وأحمل عنك وذلك في أول الأمر- قبل الشراء-، وأسلفني وأسلفك بالنسبة إلى آخره- بعد الشراء حيث وقع ما اشتراه كل واحد منهما له، وثمنه في ذمته- فإن قال كل واحد منهما أشركني فيه؛ فالحال أن كل واحد منهما يسلف الآخر على أن يسلفه في ما اشترى، وهذا فاسد^(٢).

والضمان بما هو ضم ذمة إلى ذمة أخرى على سبيل توثيق الدين أو القرض؛ بحيث يستطيع الدائن أن يطالب المدين أو الضامن بوفاء الدين، وهو والقرض من عقود الإرفاق، فلا يجوز أخذ الأجر عليهما^(٣).

وأن الشركة إنما تتعلق بالمال، أو بالعمل، وكلاهما معدوم بمعنى فقد أحد أصلي القراض، وهو الحد الأدنى للقبول^(٤).

فمناطق المنع في الوجود؛ أنها من الشركة بلا مال، أو الشراء بالدين مع إلزام غير المباشر الضمان. **المحور الثالث:** والطريق إلى تصحيح هذه الشركة كما اقترحه المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)؛ أن يجتمع الشريكان على شراء سلعة معينة حاضرة أو غائبة بثمن معلوم، وإن تبايعاها بالدين جاز بشرط أن يكونا حاضرين، حتى يصح جعل العهدة عليهما جميعاً، فإن تطوع أحدهما وضمن عن صاحبه جاز عند المالكية، وإلا بأن اشترطا التفاوت في الضمان فسدت^(٧).

وكان الضابط في تصحيح الوجود هو [تنزيل الوكيل منزلة الضامن]^(٨) وأما مبررات التصحيح فهي^(٩):

(١) التسولي، البهجة، ٢/٢٣٤.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٦٣، ٣٦٤.

(٣) المصري، شركة الوجود، ص ٥٧.

(٤) القرافي، الذخيرة، ٨/٣٤. والغريب أن المالكية قالوا بعد ذلك أنه إذا حصل ووقع الشراء مع المخالفة، كان المشتري بينهما على ما دخلا عليه، وأنه إذا لم يعلم البائع باشتراكهما طالب المباشر منهما بالثمن ولا يأخذ غيره وأما إن علم بالاشتراك فضابطه:

[علمه بفسادها مع علمه باشتراكهما، كجهله باشتراكهما] فهو لا يأخذ إلا المباشر منهما، وإن جهل البائع فسادها فحكم ما وقع من الضمان كحكم الضمان الصحيح. انظر الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/٥٥- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٦٤.

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/٥٤.

(٦) الماوردي، الحاوي، ٦/٤٧٨ - المطيعي، تكملة المجموع، ٤/٦٣.

(٧) التسولي، البهجة، ٢/٣٤٧ - العدوي، بهامش حاشية الخرشي، ٦/٥٥.

(٨) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص ١١٢.

(٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٦٤.

١- ما استقر من عمل السلف الصالح بهذه الشروط، وإن كانت علة المنع قائمة من الضمان بجعل، والسلف بمنفعة، إلا أن تحديد المعقود عليه ضيق من الغرر، وقارب من تحديد الضمان المطلوب منهما، خصوصاً وأن شرط حضورهما قطع أي تغيير بالبائع.

٢- لأنها من باب التوكيل بشراء معين، وهو جائز لكل منهما، وأن يتساويا في ضمانه لأن [الضمان لا يصح سبباً للاستحقاق إلا إذا اشتركا في المال] (١).

هذا وقد جاء في تفسيرات الوجوه عند بعض المذاهب: أن يبيع وجيه من التجار يرغب الناس في الشراء منه لا اعتقادهم أنه لا يتجر إلا بما هو جيد من السلع مال خامل-شخص مغمور- بجزء من ربحه، أو أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه لخامل والربح بينهما (٢). وهي من الإجارة بمجهول، وفيها شيء من الغرر والتدليس، بل وتسميتها شركة فيه تجاوز؛ لأن المال لأحدهما، والربح فرع المال، والوجيه إنما له جعل مثله لفساد عقده (٣). وعند الشافعية هي مضاربة فاسدة؛ إما لأن رأس المال عروض، أو لعدم تسليم رأس المال إلى المضارب (٤).

ومن مميزات هذا النمط من شركة الوجوه أن الخامل يصبح بها من أرباب العمل لا الأجراء-مع أنه يمكن استتجاره-، وبذلك يتحرر في المساومة في ثمن الشراء، والبيع حتى يحصل على الربح (٥) وفائدة أخرى تحصل لمن أخذت منه البضاعة بالدين أن يتم تصريفها، إذ لو كان العامل وكيلاً عن صاحب المال، أمينا على السلعة لردت إليه إن لم يتم تسويقها (٦).

ثانياً: تطبيقات الضابط العملية:

-كفالة استقدام الأجانب في دول الخليج العربي، بحيث يأخذ الكفيل-المواطن-أجرة من المكفول مقابل كفالته، فهي إن كانت لمجرد كفالته-وهي في الواقع وصف مفرغ من حكمه-كانت من الضمان بجعل وهي ممنوعة، ومن باب أكل أموال الناس بالباطل.

وأما إن كانت في مقابل كفالة المُستقدم في عمله والتعهد بتسليمه ومباشرته العمل، وتحمل تبعات عمله، أو كانت في مقابل إقامة شركة مالية مستترة -إن منع القانون تسجيلها باسم الأجنبي- بين الكفيل والمكفول على أن يعمل الأخير، ويشترى البضاعة باسم الكفيل وعلى ضمانه (٧)

(١) القرافي، الذخيرة، ٣٤/٨ .

(٢) التسولي، البهجة، ٣٤٨/٢.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٦٤ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٥٥/٦ .

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٠ - الشريبي، مغني المحتاج، ٢/٢١٢ .

(٥) المصري، شركة الوجوه، ص ١٨.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المصري، شركة الوجوه، ص ٥٩ .

فلا مانع منها مادام الضمان استحق بأحد المعينين؛ المال أو العمل.
 - وبناء على المعنى الثاني لشركة الوجوه، أرى أن من أمثلتها حقوق الامتياز؛ وذلك بأن تتولى شركة ذات اسم تجاري معروف منح حقوق التصنيع لواحد من منتجاتها لشركة أخرى في غير دولة الشركة صاحبة الاسم، على أن يتم الاشتراك في الربح بنسبة الثلث مثلا للشركة الأصل.
 وهنا يتولى الخامل بيع مال الوجيه لجودته وشهرته وإقبال الناس عليه، ومع القول بالفساد فإن الشركة المصنعة لا يضرها أن يقال أن لها أجر المثل، طالما أن التفوق بالاسم التجاري كفيل بتحقيق المردود المادي.

ويمكن تكييف هذه الشركة بتقريبها أكثر إلى شركات الأموال منها إلى الوجوه؛ لأن مساهمة الشركة صاحبة الامتياز بأن تدفع اسم منتجها وضمان جودته - لوقوف خبرائها على تفصيلات العمل -، وتدفع الشركة صاحبة حق التصنيع بأموالها للتنفيذ والتسويق ويتفقان على نسبة الربح.
 - ليس معنى شركة الوجوه استخدام الجاه في تصريف الأمور، ولكن في الشراء في الذمة؛ فليس من شركة الوجوه اشتراك بعض المسؤولين المنتفذين في بعض الشركات التجارية بصفة سرية لقاء مبالغ مقطوعة، أو حصص من أرباح المنشآت أو الشركات^(١).

- ومن تطبيقات الوجوه الكتب يؤلفها طلاب أو أساتذة مبتدئين، وتنتشر باسمهم واسم أساتذة مشهورين، والربح بينهما بعد تسويق الكتاب إما بفرض الأستاذ المؤلف كمنهج دراسي، أو بضمان اسمه. والحقيقة أن الاسم هنا أوحى بكفاءة المنتج لأن ذي الشهرة يأبى أن ينسب له ما هو أقل من المستوى.

المطلب الخامس: ضوابط الشركات المساهمة^(٢):

وأتناول في هذا المطلب جانبا مما تنفرد به هذه الشركات عن سياقها العام - شركات الأموال - وهي في أحكامها التنظيمية أراها تتبع القاعدة [الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة]^(٣) الأمر الذي يؤكد على واقعية التشريع الإسلامي، وأنه قائم على أساس تحقيق مصالح الناس.
 هذا وإن شركات الأموال بالاصطلاح القانوني الحديث تختلف عنها في الاصطلاح الفقهي؛ إذ هي في الأخير: أن يشترك كل واحد من الشركاء بتقديم حصة مالية، وأن يعمل الجميع

(١) المصري، شركة الوجوه، ص ٥٤ .

(٢) ليس عملي هنا في إثبات أو نفي صحة العمل بالشركات المعاصرة؛ لأن الأمر قد استقر على أنها ضرورة حياة - وليست مجرد حاجة - ونمط جديد منظم لتنمية المال. ويعرف السهم بأنه: جزء شائع من رأس المال والذي يمثل حقيقة بصافي موجودات الشركة المساهمة؛ أي أنه جزء شائع من صافي حقوق الملكية. انظر: حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٢٣

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١١٨ .

بالتجارة. وفي الاصطلاح القانوني تزيد بأن الحصص المالية في الشركة ممثلة بأسهم قابلة للتداول، فيدخل شريك ويخرج آخر، دون أن ينتج عن ذلك تصفية للشركة^(١). ثم إن الشركاء فيها متعددون ولا يعرف بعضهم بعضاً، لأن الاعتبار فيها للمال وليس للشخص، ويتولى القانون العام للدولة، والخاص بالشركة تحديد شروط قبول أو رفض المساهم، حتى إذا دخل المساهم بالشركة بالاكنتاب، أو بالشراء تحقق مناط الرضا بقانون الشركة كأصل شرعي لصحة العقود.

أي أن شركات الأموال في الفقه ليست غريبة عن الاصطلاح القانوني، لكنها في القانون جديدة في أقسام منها عن الفقهية^(٢).

فهو نمط استثماري خاص، له تنظيماته وأحكامه التي تشترك أحياناً وتختلف في أخرى عن شركات الأموال.

ويحكم هذه الشركات ضوابط عدة، أرى الرئيسي فيها هو أن **[المصلحة العامة كالضرورة الخاصة]**^(٣)، أما أنها مصلحة عامة؛ فيؤكد ما عرضنا من أهمية الشركة في الفصل التمهيدي، وهي إذ تصبح بحسب دورها وارتباطها بمصالح حيوية في المجتمع بمقام الضرورة التي تلحق بالفرد وتسمح له بارتكاب المحظور شرعاً - ولست أدعو إلى ذلك -، ولكن أقوله رداً على من رفض هذه الشركات بحجة أنها وليدة أنظمة رأسمالية، عمودها الفقري التعامل بالربا. ولكن هذه الحجة تقف ضعيفة أمام ما استقر من ضابط وهو أن **[ما لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة، فالمرجع فيه إلى عرف الناس]**^(٤).

والضابط يتناول بعمومه أصل جواز الاستثمار في نظام الشركات الحديثة، بعد أن غابت الشركة بالمفهوم الشرعي عن التعامل العام إلا ما تجده من أدوات التمويل في المصارف الإسلامية. والمتأمل في الشركات المساهمة العامة منها أو المغلقة^(٥) يجد أن نواتها شركة العنان في الأموال، وهي تقوم على الاعتبار المالي، بحيث لا تكون لشخصية الشريك أي اعتبار، وتكمن مواطن قوتها في قدرتها على حشد رؤوس الأموال، من خلال معادلة بسيطة هي؛ تقسيم رأس المال إلى حصص متساوية محدودة القيمة غالباً، بحيث تجذب صغار المدخرين الراغبين في

(١) المصري، رفيق، شركة الوجوه، ص ٦.

(٢) المرجع السابق، والجدة تظهر كما في الشركات المساهمة مثلاً، والتوصية بالأسهم.

(٣) ابن عبد السلام، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٢ / ١٨٨ .

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩ / ١٦ .

(٥) الشركة المساهمة المغلقة هي: الشركات المحدودة في عدد شركائها، بحيث لا تطرح للاكنتاب العام، وإنما الخاص، لذلك هي مغلقة.

تتمية أموالهم، مع إمكانية استرداد المال من خلال تداول الأسهم بيعا وشراء، مما يعطي شعورا بالأمان النسبي لعموم الأفراد الراغبين باستثمار قليل المخاطر نسبيا. هذه الجوانب الإيجابية تعد المصالح المعتبرة- على فرض أن نشاط الشركة في ما يباح شرعا في أصله وغايته- على صعيد الأفراد، وهي كذلك إن أحسن استخدامها على صعيد المجتمع الإسلامي.

إلا أن ثمة ثغرات في نظام المساهمة كانت سببا في إحجام بعض المتعاملين عنها، أعرض جوانب منها من خلال مجموعة من التساؤلات، مع توضيح ما رأيت فيه ضابطا يسد هذا الجانب منها.

وأسير على هدي القاعدة: [كل ما لا يتم المعاش إلا به فتحريمه حرج، وهو منتف شرعا] (١) والمقصود هنا المعاش على مستوى الأمم والمجتمعات، وليس لخصوص الأفراد.

أولا: ما حكم بيع السهم من شخص إلى آخر-تداوله- والشركة مستمرة، والأصل في الشركات أن انسحاب الشريك ينهيها؟

يحكم هذا الموضوع قوله عليه الصلاة والسلام "المسلمون عند شروطهم" (٢)، نعم الأصل أن بقاء الشركة مرهون ببقاء العاقدين لها، وأن دخول شريك يحتاج إلى قبول الآخرين، وفي المساهمة لا يحصل تنضيض للمال وتصفية بخروج الشريك.

ولكن الأمر هنا موكول إلى ماتوافق عليه المساهمون من شروط، فهي نمط استثماري خاص ينبغي مراعاة خصوصيته، ولا بأس بعدم ثبات الشركاء لأن شخص المساهم غير منظور هنا، والمهم هو ثبات رأس المال عند مستوى معين، وهذا وإطلاق وصف الشريك على المساهم هو من باب التقريب بالمعنى العام، وليس بالمعنى الخاص.

ثانيا: هل يجوز إدخال شريك في الشركة المساهمة- بعد تداولها في السوق المالي- دون رضا باقي الشركاء، والمناطق في العقود هو الرضا؟ قال تعالى "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (٣)؟

إن عنصر الرضا يتحقق بتوافق المساهمين على عمل الشركة، وقبول كل منهم على حدة بالانضمام إلى قانونها، لموافقته على أدائها، بمعنى أن التوافق والرضا كان برابط الشركة وليس

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩/ ٦٤ .

(٢) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، ٢/ ٧٩٤ .

(٣) سورة: النساء - الآية: ٢٩ .

بشخص الشريك، وكان الضابط هنا: [أن كل من له حق وأسقطه فإنه يصح إسقاطه] إلا بعضها كالميراث^(١).

والفسحة في باب المعاملات أرحب لأن [ما لم تحد الشريعة في ذلك حداً؛ فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي]^(٢).

ثالثاً: وما الحكم في تولي جهة مستقلة الإشراف على عمليات بيع الأسهم وتنظيم قوانين حقوق المساهمين، ومراقبة عمل شركات الوساطة؟

والرد عليه جاء من خلال الضابط [المشروط له النظر إذا فوضه إلى غيره، فإن كان التفويض له على وجه العموم صح تفويضه]^(٣).

وعمل شركات الوساطة وإن كان يحكمه قوانين هيئة الأوراق المالية، ودائرة مراقبة الشركات؛ إلا

أنه يعد شرعاً من باب الوكالة بأجر، والمخالفة فيه تكمن في أن الأجرة ليست مبلغاً

مقطوعاً، ولكن نسبة مئوية من قيمة الأسهم المتداولة بيعا أو شراء، مع أن أوامر البيع أو الشراء التي يقوم بها الوسيط محدودة، ولا يناسبها الحصة الشائعة من المبلغ المتحصل، وكان العلاج في

أن تحدد رتب الأجر؛ مثلاً كل ألف سهم تباع أجزتها عشرة دنانير، وتزيد بمتواليه حسابية محددة سلفاً إن كان للزيادة ما يبررها من الخدمات الكتابية والقيود وغيرها من مصاريف العمل.

رابعاً: من النقد الموجه لنظام الشركات المساهمة؛ أن الشريك المساهم لا يعرف أشخاص

المساهمين، ولا نسبة مساهمتهم في الشركة، وكان الجهالة متمكنة في هذه الشركة في أكثر من جانب؟

إن القانون نظم أحكام الشركات أولاً بأن مايز بين نوعين رئيسيين منها-الأموال والأشخاص-،

وقرر لكل نوع أحكامه الخاصة، والمساهمة من شركات الأموال، بحيث لا يقام كبير وزن

لشخص الشريك- وتوصف بأنها الشركات المغفلة بمعنى أنه يغفل فيها عن شخص المساهم^(٤)-

إلا ما تقرر في بعض القوانين من منع غير مواطني البلد من المساهمة، وإن كانت قوانين الجات

اليوم تمنع التمييز بين المساهمين على أساس الدين أو الجنسية.

ومع ذلك يمكن الاستفادة مما عند الشافعية من أنه لا يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين، إذا

أمكن معرفته من بعد^(٥)، وفي الشركات المساهمة يمكن لأن الشرط عند الاكتتاب الإعلان عن

(١) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ١٦٦.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٨ / ٢٩.

(٣) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ١٦٩.

(٤) ناصيف، إلياس، الأحكام العامة للشركة، ١٩٩٤، ص ٥٢.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤ / ٢٧٨.

رأس المال المطلوب المساهمة فيه، ومقدار مساهمة هيئة المؤسسين، ثم بقيمة السهم والعدد الذي يسمح بالمشاركة به لكل مساهم عند الاكتتاب.

جاء في المادة ٩٨، الفقرة د من قانون الشركات: يجوز لأي مساهم في الشركة الاطلاع على سجل المساهمين في ما يخص مساهمته لأي سبب كان، وعلى كامل السجل لأي سبب معقول^(١).
خامساً: تداول الأسهم وبيعها مع الزيادة عن القيمة الإسمية التي تم شراء السهم بها فيه غرر وجهالة، بل وأكثر من ذلك قد يقع فيه الربا المحرم بشراء الدرهم بالدرهم مع الزيادة؟
 والرد عليه بما جاء من حكم له **سمة الضابط [يصح الصلح عن المجهول بمعلوم، إذا كان لا يمكن معرفته للحاجة]**^(٢)، ويمكن تكييف بيع الأسهم على أنه من الصلح.

جاء في المغني (الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل، لا علم لكل واحد منهما بما عليه فيجوز الصلح)^(٣).

وهو صحيح من باب المخارجة، وكان خروج الشخص بسهمه من الشركة كحكم خروج الوارث بسهمه من التركة، سواء وقع العقد بلفظ الصلح أو البيع^(٤). فإذا وقع التباعد في ما لا سبيل إلى معرفته ناضاً؛ كأسهم الشركات المشتملة على العقارات والمنقولات والنقود، وبما لها وما عليها من حقوق وديون فإنه يصح؛ لأنه إنما جاز مع الجهالة لإبراء الذمم، وإزالة الخصام، وسد الحاجة^(٥)، فالسهم في واقعه ليس أموالاً صرفية، بل خليط من الأموال والممتلكات بدليل جواز وقفه^(٦) فالأسهم جزء لا يتجزأ من كيان الشركة، وهي أجزاء تقابل أصولها وموجوداتها، يؤكد هذا المعنى ما قرره هيئة المحاسبة الشرعية من جواز رهن الأسهم، إن لم يمنع نظام الشركة من رهن أصحاب حقوق الملكية لحصصهم المشاعة في الشركة^(٧).
 ويؤكدده أيضاً القاعدة: **[يكفي العلم بالظاهر لا ما في نفس الأمر]**^(٨).

(١) العتبي، جهاد، قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ / ١٩٩٧.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣١٧/٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٣١٧/٤. وجاء فيه: إن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته صح الصلح مع الجهالة من الجانبين، وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوماً، لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنع التسليم، وتفضي إلى النزاع، فلا يحصل مقصود الصلح. وهنا المدفوع ثمناً للسهم معلوم فلا جهالة.

(٤) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ١٢٧. والمثال المشهور أن تماضر الأشجعية طلبت الخروج من تركة عبد الرحمن بن عوف بسهمها ناضاً، وكان قد خلف أموالاً كثيرة من عقار و نقود وحيوان.

(٥) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ١٢٨.

(٦) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤ / ١٥٢.

(٧) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢، البند ٤ / ١ / ٢ / ١١.

(٨) المقرري، القواعد، ٢ / ٢٧٦.

وأمر آخر يجدر ملاحظته وهو القول بجواز تقسيط قيمة السهم عند الاكتتاب بأداء قسط وتأجيل سداد بقية الأقساط-إن كان قانون الشركة يسمح بذلك- فلو كان السهم مالا من كل وجه، لكان في بيعه مقسطا مدخلا إلى الربا، وهو غير موجود حقيقة^(١) .

(ثم إن الغرر الممنوع هو المعدوم، أو المعجوز عن تسليمه، أو المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه أو قدره، أما المعين المعلوم جنسه وقدره، المجهول نوعه وصفته ففيه الخلاف)^(٢) وأحسب الأسهم من هذه الأخيرة.

ولنا في الشرع أصل؛ حيث أقام الشارع التقدير بالحرص-التخمين- مقام التقدير بالكيل للحاجة، مع أنه يدخل في ذلك أخطر من الغرر؛ ألا وهو الربا^(٣)، (فالمعتبر في معرفة المعقود عليه التقريب)^(٤)

إن في الفقه الإسلامي نماذج عملية لأنظمة شراكة كان الحق يوزع فيها ويضرب عليه بالسهم كأحباس-الوقف- وذلك لتعذر قسمة الأصل، أو لأن رقابها ارتفع الملك عنها بصفة فردية^(٥). وليس من الميسور تخليص أسهمه ناضئة الا بعد مشقة و كلفة مما يقتضي توقيف أعمال الشركة، و تثمين أموالها و توزيع ذلك على أسهمها الأمر الذي يعطل سير أعمالها ؛ إن لم يكن مستحيلا. فكان الإجراء أن يحل محله مساهم آخر يتولى امتلاك أسهمه مع دفع قيمتها، بحسب ما آل إليه أمرها^(٦).

هذا والشركة تلزم قانونا بالإفصاح عن حساباتها في فترات مالية محددة؛ نصف سنوية، أو فصلية، ووصل الأمر في بعضها إلى حد عرضها شهريا؛ من باب الشفافية والمصادقية في التعامل .

إلا أن الذي يمنع منه في بيع الأسهم هو شراء السهم بالهامش^(٧)، ومعناه: شراء الورقة المالية بسداد جزء من قيمتها نقداً، بينما يسد الباقي بقرض، بشرط ضمان الأوراق محل الصفقة، والبائع هنا هو السمسار الذي تملك كامل الأوراق المالية^(٨)، فإن كان البيع مؤجلا على أن يزيد السمسار

(١) معايير هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي ١٢، الشركات، البند ٤ / ١ / ٢ / ٥ .

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٢/٢٩ .

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٤٩ / ٢٩ .

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٥٢ / ٢٩ .

(٥) المطيعي، تكملة المجموع، ١٢٥ / ١٤ .

(٦) المرجع السابق، ص ١٢٦ .

(٧) الهامش: هو عبارة عن نقود يقدمها عميل كدفعه جزئية من ثمن شراء ورقة مالية بموجب عقد أجل. انظر: السعد، أحمد، (٢٠٠٨)

الأسواق المالية المعاصرة، دار الكتاب الثقافي: إربد، ص ١٥٤ .

(٨) السعد، أحمد، الأسواق المالية المعاصرة، ص ١٤٩

بالسعر مقابل الأجل، فلا خلاف بحرمتها، وأما إن قام العميل بشراء الأسهم محل الصفقة من السمسار - وهي مملوكة له - بأن دفع ٦٠ % من قيمتها نقدًا مثلًا، وأجل الباقي على أن تبقى جميع الأوراق محل الصفقة رهنا عند السمسار إلى أن يسدد العميل المبلغ المتبقي عليه، فإن كان السهم عنده حقيقة، ولم يتقاضى السمسار أي مبالغ إضافية - إلا ما تستوجبه عمليات نقل الملكية من عمولة مقبولة عرفًا - فلا مانع منه شكلاً، وإن كنت لأرى فيه مصلحة، ودرء المضار أولى من جلب المنافع.

وأما ما قيل من أن أسهم الشركات المعينة لا تثبت في الذمة، فلا تقبل الإقراض؛ وأنها من بيع الإنسان ما ليس عنده^(١)؛ فالكلام صحيح في غير الصورة المعروضة، كما لو كان الشراء لأسهم شركات تحت التأسيس مثلًا، لأن الأسهم حقوق ملكية مسجلة، فهي من بيع الإنسان ما يملك. **سادسًا:** ومن النقد الموجه لهذه الشركات أن ارتفاع قيمة السهم أو انخفاضه غالبًا ما تكون مضاربات من مجموعة من الأشخاص، وهي من القمار المحرم؟ الأصل في ارتفاع سعر السهم أو انخفاضه أن يكون مؤشرًا على عمل الشركة، بحيث يرتفع مع زيادة نشاط الشركة وثقة الناس بها، وينخفض عند الخسارة، وليس كالورقة النقدية يعود انخفاض قيمتها إلى التضخم - وهو كل زيادة في كمية النقد المتداول وما يؤديه من زيادة في المستوى العام للأسعار -^(٢).

والعلاج هو ما تم من تشكيل هيئة مراقبة السوق؛ كما تشكل نظام الحسبة في الإسلام لمراقبة أسواق البضائع والأعمال، فهي هنا لمراقبة الأموال والأعمال، ولا بد من تجديد الإيمان ومراقبة الله في نفوس القائمين على هذه التعاملات، وقد مدح عليه الصلاة والسلام البراء قائلًا: "كنت شريكي ونعم الشريك لا تداري ولا تماري"^(٣). لذلك أرى حرمة بيع الأسهم قبل بدء ممارسة الشركة لنشاطها، وذلك بنزولها إلى السوق المالي للتداول؛ لأنها في واقع الأمر مازالت نقود، وهو ضرب من الربا - صرف غير متماثل -، ولا ينظر هنا إلى قلة الممتلكات قياسًا برأس المال غير العامل.

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معيار شرعي الضمانات، البند ٤/٢. والعبارة عنده جاءت: يجوز رهن المشاع كالأسهم، مع تحديد النسبة المرهونة منه .

(٢) حسن، أحمد، الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، ص ٣٢٤ .

(٣) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب الشركة، باب الإشتراك في الأموال والهدايا، ح (١١٢٠٥)، ٦/٧٨. وقال الزيلعي: قال السهيلي في الروض الأنف حديث السائب فيه اضطراب في السند لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة واضطرب في المتن أيضًا. انظر: الزيلعي: نصب الرأية ٣/٤٧٤.

سابعاً: ومن الاعتراضات ما في الأسهم من اختلاط الحلال بالحرام، لما تقوم به أغلب الشركات من استثمار أموالها بحساب الودائع في البنوك الربوية، وما الأزمة اليوم إلا دليل على ذلك؟ والرد عليه: إن الأزمة اليوم اجتمع لها أسباب عدة منها ما قيل من التعامل بالفوائد في الشركات المساهمة أكثر من تعاملها بالتنمية، حتى سقطت في أغلبها سقوطاً مدوياً، ولكنه ظرف طارئ قابل للتصحيح، وأما أنه اجتمع فيها الحلال والحرام، فالقاعدة في ذلك مختلف فيها بين القول بأنه: [إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام] ^(١) مما يعنى حرمة تداول هذه الأسهم المختلطة. وهناك من فصل؛ فالحرام نوعان: حرام لذاته كالميتة والدم، وهو إذا اختلط بمائع فغير طعمه أو لونه، فإن لم يغير ففيه الخلاف، والآخر لكسبه؛ كالمأخوذ غصباً إذا اختلط بالحلال لم يحرمه، فإن أمكن أن يقتسموه فيأخذ هذا قدر حقه وهذا قدر حقه ^(٢) ولذلك ضبط من قال بالجواز أن تكون استثمارات الشركة الممنوعة شرعاً - للحاجة - في حدود ثلث إجمالي رأس المال، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "الثلث والثلث كثير" ^(٣).

ثامناً: ما حكم البيع والشراء لأسهم الشركات وفق مؤشر داو جونز الإسلامي؟ ويقصد بالمؤشر (رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة، يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة، وتجري عليه مبيعات في بعض الأسواق العالمية) ^(٤).

وجوهر العمل وفق هذا المؤشر هو التحليل لإيهام المتعامل بأن النشاط الاستثماري وفق معطيات المؤشر إنما هو لشركات ملتزمة شرعاً - بلا فوائد -، بمعنى أن نشاط الشركة يتفق وما يريده المستثمر المسلم من عدم التعامل بالحرام الصريح؛ من بيع الخمر أو الدخان مثلاً ^(٥)، وأما من قال بالجواز فوجه قوله: أنه يغتفر في التابع - الفرع - ما لا يغتفر في المتبوع - الأصل -؛ وأن اتباع هذه الشركات لنظام غير إسلامي لا يمنع محاولات التصحيح بالالتزام منهج يقبله المتعامل المسلم.

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٤٢.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٤٩ / ٢٩ .

(٣) أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المرضى، باب ما رخص للمريض أن يقول إني وجع أو وأرأساه أو اشتدَّ بي الوجع وقول أيوب عليه السلام أني مسني الضر وأنت أرحم الراحمين، ح (٥٣٤٤)، ٥/٢١٤٥ .

(٤) قرار رقم: ٦٣ (٧/١) مجلة المجمع (ع ٦، ج ٢ ص ١٢٧٣ والعدد السابع ج ١ ص ٧٣ والعدد التاسع ج ٢ ص ٥) إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢ هـ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م، بحث البند رقم ٣ التعامل بالمؤشر.

(٥) السالوس، علي، (٢٠٠٤)، مؤشر داو جونز الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٢٣ (٢٧٢)، ص ٦٦١.

والاستشهاد بالقاعدة هنا ليس في محله، لأن الأصل المتبوع صوري وغير حقيقي، وواقع عقود هذه الشركات ليست مكشوفة تماما لجمهور المتعاملين؛ لسببين: أولهما لأنها خارج نطاق العالم الإسلامي وقوانينه، والثاني: إن الواقع العملي - انهيار عدد من الشركات - أثبت أن تعاملات الشركات وفق المؤشر هي تعاملات صورية غير حقيقية.

ولا يقال أن في القاعدة [الحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر] ^(١) دليل على جواز البيع وفق المؤشر، لأن الحاجة منتقية من أصلها؛ عدا عن وصفها بالشديدة.

وعليه فإن التعامل مع هذه الشركات وفق ما يعرضه المؤشر يقع تحت الغرر المحرم شرعا، وأن في البيع والشراء وفق المؤشر فيه من شبهة القمار - مضاربات - والله أعلم.

المطلب السادس: ضوابط خاصة بالشركات المعاصرة :

وأستعين في ضوابط هذا الباب بالأصول العامة، والقواعد الكلية التي استقر عليها الحكم في الشريعة، ولسان الحال يصفه الأصل الشرعي [استنباط الحكم من العموم في ما ليس له حكم نصاً] ^(٢)

والدليل على هذا الأصل: أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن صدقة الحُر فقال: ما أنزل عليّ فيها إلا هذه الآية الجامعة المانعة " **ومن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره** " ^(٣).

وليس الغرض هنا إلباس المعاملات الجديدة ثوبا شرعيا رآه بعضهم فضفاضاً، ورآه آخرون لا يلبق، جموداً منهم أحيانا، وإغفالا لحاجات الناس أحيانا أخرى، وأهتدي في هذا المطلب بما قرره صاحب المبسوط من أن ما كان من حاجات الناس يشرع ^(٤)، والاستقراء يؤكد هذه الحاجة. وقاعدة هذا الباب: [كل ما احتاج إليه الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب، أو فعل محرم، لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر] ^(٥).

وأعرض هنا أمثلة لما بدا لي أنه يستحق التوقف عنده، وملاحظة أصله من الضوابط الفقهية في أنواع الشركة المعاصرة.

وما يعيننا في هذا المطلب تركيز الصورة على القوانين المدنية في الشركات، لأنها تصبغ أدوات الاستثمار في المصارف الإسلامية بصبغتها ^(١).

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٤٨ / ٢٩ .

(٢) حمزه، محمود، الفرائد البهية، ص ٢٥٢.

(٣) سورة الزلزلة : الآية: ٧، ٨ . أخرجه البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب المساقاة والشرب، باب شرب الناس والدواب من الأثهار، ح(٢٢٤٢)، ٨٣٥ / ٢ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١٧٣ / ١١ .

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٦٤ / ٢٩ .

ولقد اعتمدت في هذا المطلب على ما استقرت عليه هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية من معايير للشركات الحديثة، محاولة مني لتقرير الضابط الفقهي الذي أراه قريبا من حكمها.

فالعامل هنا يقتصر على ما وجدت فيه من خصوصية في نظام الشركات الحديثة، وما حصل من اتفاق بين أحكامها وما استقر من ضوابط فقهية في أبواب أخرى من هذه الدراسة، ففي محله من رأس المال، أو الربح، أو انتهاء الشركات.

فلا يمكننا إسقاط أحكام الشركات في الشريعة الإسلامية على الشركات الحديثة؛ وإن ظهر بعض التماثل أحيانا، والفاحص لهذه الشركات يجد أن روحها إسلامية، وهو ما أحاول إظهار بعض ملامحه في هذا المطلب .

ولقد وقفت على عدد من القواعد والضوابط الفقهية العامة، بدا لي أنها تصدق على أنماط الشركة الحديثة، أعرضها في ما يلي:

الأصل الأول :

[ما ثبت على خلاف الدليل للحاجة؛ قد يتقيد بقدرها وقد يصير أصلا مستقلا]^(٢)

والكلام في هذا الضابط يعرض لما استنتجني من الأحكام عن مقتضى قياسها العام، أو فلنقل ما استقر عليه العمل فيها لثبوت الدليل الخاص بمقتضاها، أو تلقي الأمة لها بالقبول كما في الشركات.

هذه الرخصة - وهي ما استنتجني من الأصل - مناطها الحاجة، والقاعدة العامة تقرر أن **[الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة]** ^(٣) .

ومعنى تنزيلها منزلتها أي أنها تثبت حكما استثنائيا كما ثبت في الضرورة - وهي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه -، أما الحاجة فهي الحالة التي تستدعي تيسيرا وتسهيلا لأجل الحصول على المقصود؛ وهي دون الضرورة من هذه الجهة، وإن كان الحكم الثابت لأجلها مستمرا وفي الضرورة مؤقتا^(٤)، وهو الدليل الذي أراه يشمل كل أنواع الشركات الحديثة.

(١) الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة هي أساس قيام أي مصرف إسلامي، انظر: يسري، عبدالرحمن، وسائل التمويل الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ديسمبر ٢٠٠٣، ع ٢٧١، مجلد ٢٣، ص ٦١٦. وجاء في قانون البنوك رقم ٢٨، لسنة ٢٠٠٠ - نشرة البنك المركزي، تشرين ثاني، ٢٠٠٥ - المادة ٣: تسري على البنك الإسلامي أحكام هذا القانون والقوانين الأخرى ذات العلاقة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع تلك الأحكام - أحكام البنك الخاصة -، وأكد على أن أحكام قانون الشركات تسري على البنوك ومنها الإسلامية، انظر المادة: ٧٧. وفي المادة ٢ يعرف البنك: بأنه الشركة التي يرخص لها بممارسة الأعمال المصرفية.

(٢) ابن خنيطب الدهشة، مختصر من قواعد العلامي، ١/ ١٩٦، ٢٩٧ .

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١١٨ .

(٤) الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ٢٠٩ .

الأصل الثاني:

[الشروط المعتمدة في العقود هل يكفي وجودها في نفس الأمر، أو لا بد من علم متعاطيها

بها] ^(١)

والضابط هنا في الشروط التي وافق موضوعها مقتضى العقد، أو كان في اعتبارها مصلحة لأحد المتعاقدين، أو جمهور المتعاملين - وهم هنا الشركاء -، هذه الشروط قد تكون خاصة بطرفي العقد، أو أحدها، وقد تكون حكما تنظيميا يفترض مراعاته، والأصل هو العلم بهذه الشروط أو فنقل الإعلام بها، ولا يكفي وجودها واقعا - في ما أرى - وإن كانت من مقتضى العقد؛ وذلك قطعا للنزاع من جانب، ومن جانب آخر تحقيقا لغاية الحكم من الاشتراط، وهي المصلحة التي قصدها المشروع له.

- ومن تطبيقات هذا الضابط ما تقرر من وجوب الإشهاد القانوني، كشرط لإثبات الشخصية المعنوية للشركة، وبذلك ينتفي التغيرير بمن يتعامل معها ^(٢).

- وكذلك في توزيع المسؤوليات والتبعات في شركة التوصية بالأسهم بين مجموعتي الشركاء المتضامين، والشركاء الموصين، حيث تلتزم المجموعة الأولى بتبعات العمل والإدارة ليس فقط في حدود شخصية الشركة المعنوية، بل وأكثر بحيث تمتد المساءلة إلى أموالهم الخاصة. وفي الوقت نفسه يُمنع الشركاء الموصون من التدخل في أعمال الشركة، وعليه وبناء على هذا الشرط منع القانون من ذكر أسمائهم عند إشهار الشركة غالبا، وكأن اشتراط سلب حق العمل منهم ترتب عليه حق المتعامل مع هذه الشركة أن يحدد له الأشخاص المخولون بذلك.

ويؤكد هذا المعنى القاعدة: [إن اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها] ^(٣)

وهي وإن كانت أعم من مجالنا هنا إلا أنها تشملها بعمومها .

(١) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلامي، ١/ ٢٧١ .

(٢) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي (١٢)، بند ٤/ ١/ ١ - ٢ / بند ٤/ ٢/ ١/ ١ .

(٣) عبدالسلام، العز، قواعد الأحكام، ٢/ ١٤٨ .

الأصل الثالث:

- [الأصل المستقر أنه لا يعتد لأحد إلا بما عمله أو تسبب إليه بأسبابه ونحو ذلك، ولا يطالب

عن غيره إلا بما التزم عنه من ضمان وغيره] ^(١)

- [الأصل في الأموال التحريم ما لم يتحقق السبب المبيح] ^(٢)

والضابط يحدد مجال المساءلة أو المسؤولية شرعا، ويحصر دائرة الالتزامات في نطاقين:

الأول: ما اتصلت به يد المتعامل بالمباشرة للفعل، ويقصد بالمباشرة: الإتيان بما هو علة وجود

الشيء ^(٣)، والكلام وإن كان في مجال الضمانات المالية في موضوع المساءلة على المخالفات

الشرعية؛ إلا أن مجاله يتسع فيشمل تعليق المسؤولية على كل من باشر فعلا فارتبط الأثر بإتيان

السبب المباشر له.

والثاني: التبرع بالالتزام نزولا عن الحق الذي ثبت بمقتضى الشرع للمتعامل، فكأن المجال في

الأولى ما أثبتته الشارع أو حدد فيه الالتزام بالأداء المباشر للفعل أو التسبب فيه، وفي الثاني ما

ضيق به المرء على نفسه، وألزم به نفسه مما لم يلزمه الشارع به، وفي الحاليين هو مسئول.

أما التسبب: فهو إتيان ما لا يكون علة مباشرة لوجود الشيء ^(٤)، فلا يضاف إليه الأثر ابتداء، ولكنه

يؤول إليه انتهاء.

ومجال الضابط في موضوعنا أراه يصدق على قصر مسؤولية الشركاء الموصين عن الخسارة

في أموال الشركة في حدود حصة كل منهم في رأس المال، ولا تمتد المساءلة إلى أموالهم

الخاصة، في حين أن التزام الشركاء المتضامنين في شركة التوصية بالأسهم وفي شركة التوصية

البسيطة يمتد إلى حدود أموالهم الخاصة إلزاما لأنفسهم والتزاما للشركاء الموصين بذلك ^(٥).

بل وأكثر، إن هؤلاء الشركاء المتضامنين منهم من يسقط عن نفسه مسؤولية الالتزام خارج حدود

رأس المال، فيوصف بأنه شريك محدود المسؤولية ^(٦).

وأما على الأصل الثاني؛ فنستدل به على جواز أن تمتد المساءلة في شركة التوصية البسيطة إلى

أموال المشاركين الخاصة، وبذلك تحقق السبب المبيح ألا وهو رضا الشريك بأن يكون من

جماعة المتضامنين، لا أن يقتصر وصفه بالموصي .

(١) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي، ١/ ١٨٣.

(٢) عبدالسلام، العز، قواعد الأحكام، ٢/ ١٢٥.

(٣) المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٤) المرجع السابق، ص ١٥٥ - ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي، ١/ ٣٧١.

(٥) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البند ٤/ ٤/ ٢، والبند ٤/ ٤/ ٢.

(٦) المرجع السابق، البند ٤/ ٣/ ١، والبند ٤/ ٢/ ٩.

الأصل الرابع :

[المؤثر من الشروط في العقود بطلانها إنما هو المقارن لصيغها، أما إذا تقدم الاتفاق عليه أو

تأخر ووقع العقد خاليا عنه فإنه لا أثر له غالبا] ^(١)

والضابط يبحث في مدى تأثير العقد بالشروط المخالفة لمقتضاه، أو ما كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، وليس الكلام في ما اختلف الفقهاء فيه من الشروط الفاسدة المقارنة للعقد، ومدى قوتها في سحب حكم المشروعية عنه، أو الإبقاء عليه مع إهمال الشرط.

والكلام يتناول هنا تنازل أحد أطراف العقد عن حق مشروع له، أسقطه لمصلحة الطرف الآخر، في المرحلة التحضيرية التي تقدمت العقد، أو بعد عقده صحيحا بأركانها وشروطه .

والضابط أراه ينطبق على نظام المشاركة المتناقصة؛ وهي التي تعرف بأنها شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجيا إلى أن يمتلك المشتري المشروع بكامله، فهي تتكون من مرحلتين؛ الشركة في أول الأمر، ثم البيع والشراء بين الشريكين ^(٢) .

والمطلوب لصحة العقد أن لا يحصل تداخل بينهما، فكان المخرج من ذلك أن يتعهد الشريك بوعده منفصل عن عقد الشركة بإجراء عملية البيع، وأن تتم عملية البيع والشراء بعقد منفصل عن العقد الأول وبالقيمة السوقية للشركة أو بحسب الاتفاق على أن لا يذكر تصريحاً ولا تلويحاً، وأن لا يشترط أحد العقدين في الآخر ^(٣) .

ولضمان صحة هذا النمط الاستثماري- والذي يختلط بالتعاوني- فإنه ينبغي أن لا يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي أيًا من طرفي العقد الحق في استرداد حصته من رأس المال ^(٤) .

ومن ضرورات صحتها أيضا؛ أن تكون مصروفات تدوير أعمال الشركة أو ما تحتاجه من خدمات الصيانة، أو مصروفات التأمين على الشركاء جميعاً، لا أن يلزم بها من ستؤول إليه. فالمطلوب هنا الخروج من كل حيلة أو إجراء ينتفع به أحد الأطراف، فتخرج المعاملة من نظام المشاركة إلى قرض جر نفعاً، ونقع في المحذور .

وأما ماعدا ذلك من شروط الحصة المالية المقدمة، وما يتفق عليه من توزيع الأرباح، وأن الخسارة يتحملها رأس المال، فالحكم فيها هو ما استقر الأمر عليه في شركة العنان .

(١) ابن خنبل الدهشة، مختصر من قواعد العلائي، ١/ ٢٨٢ .

(٢) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعيار رقم ١٢، البند ٥، ص ٢٢٠ .

(٣) المرجع السابق، البند ٥/ ١ - ٥/ ٧ .

(٤) المرجع السابق، البند ٥/ ٢ .

ومن النماذج العملية لهذه الشركة؛ ما اقترحته إحدى شركات البترول في دولة إسلامية على المصرف الإسلامي من أن يشتري حصة شائعة من البترول الخام، ثم يشتركان -المصرف وشركة البترول- شركة ملك، بحيث تتولى الشركة من خلال السيولة التي حصلت عليها تصنيع البترول الخام وبيعه في الأسواق العالمية، وتسدّد حصة البنك تدريجياً، دون سقف زمني من فائض الربح، بعد أن تأخذ الشركة حصتها منه، وصولاً إلى دفع مبلغ رأس المال المشارك من الأرباح^(١)

الأصل الخامس :

[ما يثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط]^(٢)

والقاعدة أصل شرعي، استقر عقلاً بعد ثبوته شرعاً بمقتضى قوله تعالى: "قل، إن الله أعلم أم الله"^(٣)، لأن ما ثبت بالشرع هو من اختيار الخالق الحكيم، وهو سبحانه لا يشرع إلا كل ما يحقق الخير والصلاح للعباد في الدنيا والآخرة، فالشريعة عدل كلها رحمة كلها .
والشارع الحكيم وإن كان قد قرر في باب العادات- ومنها المعاملات- الأسس العامة والشروط الكلية التي تضمنت تحقيق العدالة بين المتعاملين؛ إلا أنه ترك لهم فسحة في جزئيات عقودهم يقررون ما يرونه مصلحة خاصة لهم في إطار المصالح الكلية التي قرر لها لضمان نفاذ الشرط. ذكرت ذلك لما استوقفني من تقرير القانون للشركاء في شركة التوصية البسيطة، والتوصية بالأسهم في عملية توزيع الأرباح والخسائر؛ أما الأرباح فلا مانع من توزيعها بحسب الشرط كما تقرر عند الحنفية^(٤)، والحنابلة^(٥)، أما الخسارة فالأصل فيها أن يتحملها المال، وتوزع على الشركاء بحسب حصة كل منهم المالية، وهذا ما أوجبه القانون في حق جماعة الشركاء الموصين، وأما الشركاء المتضامنون فهم يتحملون الخسارة بغض النظر عن حصصهم في رأس المال. والحقيقة أن هذا الاتفاق وإن أقره القانون إلا أنه لا ينسجم مع الأصل من أن الخسارة هي نقص في المال، وعليه فإن التبعية فيها عليه فقط، فلا يُقال بتحميلها أطراف أخرى.
ولا ينفع هنا القول بأن تكيف عمل جماعة المتضامين أنهم بحكم المضارب بعمله المشارك بماله، وأن مجموعة الشركاء الموصين في حكم أرباب المال، لأنه بذلك يخسر الفريق الأول مرتين؛ الأولى عن المال المشارك به، والثانية عن عمله؛ لأنه مضارب ورب مال في نفس

(١) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤٦/١٤.

(٢) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١/١٤٩ - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٠٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٤٠.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٧٧.

(٥) المرادوي، الإنصاف، ٣٠٣/٥.

الوقت، ولكن أن يصار إلى تغريمه على أنه مضارب فهذا ما لا يتفق وما استقر عليه من الأصول من أن المضارب إنما يخسر في الشركة عمله فقط.

وهي النموذج الذي عرضه صاحب المغني (أن يشترك مالان وبدن أحدهما فهذا يجمع الشركة والمضاربة وهو صحيح)^(١). ومع ذلك فإن من يدقق النظر يجد أن الخسارة في الواقع مصدرها ليس واحد بل متعدد، لكن الحكم شمل الجميع بنصه، لأن النظر إلى الشركة كان كوحدة واحدة، فالمتأمل بهذا النوع من الشراكة يلحظ أن الشركة فُتِحَ المجال فيها لفئة المتضامنين للعمل بأكثر مما تحصل من رأس مال الشركة، وذلك من خلال التزامهم بأي ضرر يلحق العمل أو حصول خسارة من أموالهم الخاصة، فهم في حدود مشاركتهم المالية متساوون مع فئة الموصين في تحمل الخسارة، ولكنهم في ما تجاوزوه من التبرع بالضمان من أموالهم - لما تميزوا به من الاختصاص بتصرف أمور الشركة - مسئولون بصفة شخصية، ولما كانوا يتصرفون باسم الشركة كان عليهم تحمل الخسارة .

الأصل السادس :

[تراعى الحكمة مع وجود الوصف الأكثر لاعتبارها]^(٢)

والقاعدة في أصول الفقه تعلل جواز ربط الحكم بحكمته^(٣)، والأصل فيه أن يكون مع علته وجودا وعلما، ويقصد من هذا الأصل؛ أن الحكم قد تكون حكمته أظهر في تحقيق غاية الحكم من العلة التي هي المناط، وذلك لظهور مصلحة شرعية يراد تحقيقها، أو مفسدة واقعة أو متوقعة يراد درؤها.

والقاعدة كما سماها من أوردتها؛ مجال للاختلاف الفقهي - وقد وقع - بين المتمسك بعلة الحكم إيجادا وعلما، وبين المقارن بين الحكم وحكمته انسجاما مع علة أخرى نظر فرأها أولى بالاعتبار^(٤) .

والمثال في مجال الشركات الحديثة ماجاء في أحكام شركة التضامن؛ من أنه لا يجوز للشريك التخارج مع الغير إلا باتفاق جميع الشركاء^(٥).

(١) ابن قدامة، المغني، ١٦ / ٥ .

(٢) ابن خنبل، الدهشة، مختصر من قواعد العلاني، ٤٠٥ / ١ .

(٣) الحكمة هي: مظنة الحكم، أي معدنه . انظر: الزركشي، البحر المحيط، ١٢٠ / ٥ .

(٤) ومثاله القديم الاختلاف في توريث مطلقة الفار وهو الذي طلق زوجته ثلاثا في مرض الموت، قيل في حكمته خوفا من توريثها، فمن نظر إلى العلة - هي الطلاق ثلاثا - لم يورثها، ربطا للحكم بعلمته وجودا وعلما، والميراث من سببه الزوجية وقد زالت، ومن نظر إلى الحكمة قال بالتوريث. انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٤٧ / ٤ .

(٥) معايير هيئة المحاسبة الشرعية، معيار الشركات والشركات الحديثة رقم ١٢، البند ٤ / ٢ / ٣ .

وما أود مراجعته هنا أن هذا النمط من المشاركة يعتمد على شخص الشريك، لأن قوام هذه الشركة تضامن الشركاء-بمعنى كفالة كل منهم للآخر- في ما بينهم، بعد معرفتهم لأشخاص المشاركين، وهي لا تكون عادة إلا بين مجموعة متوافقة في ما بينها ابتداء.

وعلة الحكم في الانفساخ في شركة وصفها القانون بأنها غير لازمة عند عدم توقيتها بمدة^(١) هي إرادة الشريك الخاصة، لأن من مقتضيات العقد غير اللازم أن يتمكن كل طرف من الخروج من العقد بإرادته المنفردة- وإن كان الأصل الشرعي يمنع من إلحاق الضرر بالغير، لأنه لا ضرر ولا ضرار^(٢)

لكن القانون هنا راعى حكمة الحكم؛ بوصف الشركة من أن قوامها معرفة شخصية الشريك والرضا بمشاركته فلا يعطى الحق للشريك-الفاسخ-، بإحلال آخر مع تخارجه مع الغير وكأنه من باب بيع الحق-والحصة غير قابلة للتنازل-، لما في ذلك من ضرر بباقي أعضاء الشركة فكان الحكم أن لا يصح التخرج إلا بموافقة جميع الشركاء، لأن مناط هذه الشركة الوحدة بين الشركاء تضامنا .

(١) معايير هيئة المحاسبة الشرعية، معيار الشركات والشركات الحديثة رقم ١٢، البند ٤ / ٢ / ٢ / ٢ .

(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، ٢، ٧٨٤/١٩٧٥، حديث ٢٣٤٠-أحمد بن حنبل، المسند، مؤسسة قرطبة، ٥/٣٢٧، والحديث صحيح: الأباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، ط٣، المكتب الإسلامي، بيروت، ٢، ١٩٨٨/٣٩ .

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في المضاربة:

والأصل العام الذي يحكم ضوابط هذا الباب هو: [إنما تصح المضاربة بما تصح به الشركة]^(١) - وعند الحنابلة [حكم المضاربة حكم الشركة في ما للعامل أن يفعله، أو أن لا يفعله، وما يلزمه فعله]^(٢)

والضوابط تعتبر توطئة لما بات معروفاً ومعمولاً به من أن المضاربة صيغة أساسية من صيغ الاستثمار الإسلامي، ووجه الشركة فيها أنها تعتمد على اجتماع عنصرَي المال والعمل بتوليفة من الأحكام تحفظ حقوق كل طرف وصولاً إلى الاشتراك بالربح. وفي المطالب التالية أتناول ما اختص به كل طرف من أطراف العقد في المضاربة من حكم، من خلال ما جاء فيه من الضوابط.

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة برب المال، ورب العمل:

الفرع الأول: الضوابط الفقهية ذات الصلة برب المال:

وضابط رب المال أو عاقد القراض دافعاً هو [من له تنمية ماله غير مقصورة على فعله أو وكيله]^(٣) وهذا من حيث التوصيف بمعنى أنه غير محجور عليه في تصرف نفسه، ويملك دفعه إلى غيره لأصلاحيته للتوكيل، والكلام في أهلية التوكيل مضى في أهلية العاقدين للتوكيل والتوكل في الشركة^(٤).

وما يهمنا هنا الأحكام الخاصة والتي يظهر فيها رب المال كطرف أصيل في عقد المضاربة، وما يترتب على ذلك من الأحكام.

الضابط الأول:

[كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضارباً وحده، جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره]^(٥).

- والضابط عند الحنفية أن: [المعتبر في المنع عمل المالك لا العاقد]^(٦).

- ويؤكد المعاني السابقة الضابط [كل ما يمنع التخلية بين العامل والمال يمنع صحة المضاربة]^(٧)

(١) الزيلي، تبين الحقائق، ٥/٥٣ - شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/٥٠٨.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/١٦ - البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥٤٥-٥٤٦.

(٣) ابن عرفة، عن شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ٢/٥٠٦.

(٤) انظر الصفحة: ٦٧.

(٥) الزيلي، تبين الحقائق، ٥/٥٧.

(٦) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/٥٠٨.

(٧) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٤٦، من شرح المادة ١٤١٠.

- والضابط عند المالكية: [كل فعل يُخرج العامل عن وصف الأمانة يُمنع من رب المال] (١)

لما كان مقتضى عقد المضاربة تسليم رأس المال للعامل يديره في عمل التجارة، وهو عند الجمهور من الحنفية (٢)، والمالكية (٣)، والشافعية (٤) يقتضي تمكين المال للمضارب أو توكيله بالعمل، كان المطلوب من رب المال أن يرفع يده عن المال رفعا جزئيا بما يمكن العامل من التسلط على المال بتحريكه في ما يراه جالبا للربح.

والضوابط بعمومها تتناول حكم عمل المالك-رب المال- مع العامل في المضاربة حيث قرر الأول منها أن معيار جواز الاجتماع في عمل المضاربة أن يصح العمل ابتداء من العامل فيه، ورب المال لا يوصف بعمله في ماله بأنه مضارب فيه، بل هو مالك، وهو ما صرح به الضابط الآخر من أن العبرة في المنع من اجتماع المضارب ومالك المال الفعلي في العمل منعاً من الوقوع في محذور الضابط الثالث وهو عدم التخلية بين العامل والمال وما يؤدي إلى فساد العقد.

والعلة هنا؛ أن طبيعة العقد قامت في المضاربة على قصر العمل على واحد من المتعاقدين، بخلاف الشركة التي انعقدت في العنان على اجتماعهما في المال والعمل، ثم إن ما يستحقه العامل في المضاربة إنما هو نظير عمله في المال استثناء، فكان مقتضى ذلك أن يسلم له وبناء عليه:

(١) إذا لم يكن العاقد مالكا للمال - كالوصي على الصغير- وشرط التصرف مع رب العمل؛ فإن كان أهلا للعمل صحت (٥)، وأما إن اشترط عمل الصغير- رب المال - فتفسد (٦). وجاء في تعليق المنع من دفع المال للمالك مشاركا في العمل؛ أن يكون أخذه المال بمعنى استرداده وفسخ العقد- بما هو غير لازم- فكان الحكم بالمنع لقطع الاحتمال مع ما فيه من قصر يد المالك.

(٢) وإذا دفع المضارب مال المضاربة إلى آخر- بإذن رب المال - فإن الحجر على المالك من العمل مع الثاني مستمر، في حين يملك المضارب الأول العمل معه لأنه في حقيقته عاقد وليس بمالك.

(١) القرافي، الذخيرة، ٣٧/٦ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٥/٦ - الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٤٦، من شرح المادة ١٤١٠.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٠/٣ - التسولي، البهجة، ٣٥٦/٢. والتمكين عند بعض المالكية جاء بمعنى الإذن لا الإعطاء بالفعل، بدليل أنه يجوز القراض بالدين في قول، انظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ٥٠٤/٢.

(٤) الشربيني، معني المحتاج، ٤٠٠/٣.

(٥) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥٧/٥.

(٦) المرغيناني، الهداية، ٤٥٢/٨.

(٣) وإذا دفع أحد شركاء العنان مال الشركة مضاربة واشترط عمل شريكه، فلا يصح لأن للشريك في المال ملكاً يمنع من العمل مع المضارب^(١).

(٤) لكن ليس هناك ما يمنع من تدخل المصرف في الإدارة-كرب مال-بالقدر الذي يضمن له الاطمئنان إلى حسن سير العمل بحسب شروط العقد، ومواجهة المشكلات التي تواجه العامل حفظاً لمال العملاء^(٢).

وعند الحنابلة لما كان مقتضى المضاربة إطلاق التصرف للعامل في مال الغير بجزء شائع منه^(٣)، كان عمل رب المال مسموحاً به بمقتضى إطلاق العقد، وبنوا على هذا القول الحكم بجواز المضاربة بأن يشترك بدينان بمال أحدهما وتكون مضاربة بينهما، فيكون المال من أحدهما والعمل منهما^(٤)؛ وجه هذا القول: (إن العمل هو أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر)^(٥)، وعليه يجوز عندهم أن يضارب اثنان ويسلم المال إلى أحدهما فقط^(٦).

ومن الحنفية من تخفف من هذا الشرط وقال: أن العامل له أن يدفع المال إلى رب المال من باب الاستعانة به، إلا أنه لا يجوز لرب المال أن يأخذه بنفسه؛ لعدم وضوح معنى الاستعانة^(٧). ومنهم من تحيل وقال: بأن يدفع العامل المال إلى رب المال بضاعة - بلا أجر - فيقع دفعه صحيحاً كما لو دفعه إلى أجنبي^(٨).

مسألة: ما حكم شراء رب المال من مال المضاربة بعد تحوله إلى عروض، وما حكم شراء العامل من المضاربة وقد صار مالها بضاعة؟

بمعنى آخر؛ هل يملك أحد المتعاقدين في القراض أن يشتري من المال وقد تعلق به حق كل واحد منهما فيه، فهل يحكم على المالك بأنه يشتري ماله؟ وهل ينظر إلى الشريك العامل أنه يشتري ما تعلق حقه فيه؟

ذهب الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى صحة شراء رب المال من مال المضاربة لنفسه، لأن المال أصبح في صورة لم يتمحض فيها ملكاً خالصاً له؛ لتعلق حق المضارب بالمال، خصوصاً إن ظهر الربح في البضاعة قبل بيعها

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥/ ٥٦ .

(٢) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ١٠٩ .

(٣) المرادوي، الإصناف، ٥/ ٣٢٠ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٧ .

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥/ ٧٠ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٨٤ .

(٨) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ١٢٩ .

إلا أن المالكية قيدوا الحكم بأن يصح قصد المالك؛ بأن لا يتوصل من خلال الشراء إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة^(٤).

وأما شراء المضارب من مال المضاربة فيصح عند الحنفية بشرط أن لا يظهر في المال ربح؛ لأنه ملك غيره وهو مجرد عامل فيه، فجاز له الشراء منه، وهو كالوكيل له أن يشتري من مال الموكل^(٥). وفرق المالكية بين أن يشتريها لنفسه فيجوز له، وبين أن يشتريها للمضاربة فيمنع، لأنه يؤول إلى أن يصبح مال المضاربة عروضا^(٦).

وأما الشافعية فذهبوا إلى عدم صحة شراء رب المال من مال المضاربة، لأن المال في حقيقته ملك له، والإنسان لا يشتري ماله، ثم أكدوا حكمهم بما ثبت للمالك من أن له أن يأخذ بمال المضاربة الشفعة^(٧).

وانسجاماً مع الحكم فلا أرى ما يمنع عند الشافعية من شراء المضارب من مال المضاربة، بما هو مال غيره.

جاء في دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية: إن شراء رب المال مال المضاربة عند تعثر المضارب ببيعها؛ وأن يشتريها نقداً وبييعها مرابحة لآخر، يصح شرعاً^(٨).

والقول هنا له وجاهته وهو ينسجم مع ما تقرر من وجوب تخلية رب المال بين العامل والمال. والحكم وإن جاء في حالة تعثر المضارب من تصريف البضاعة؛ إلا أنه يصح بصفة عامة كما لو كان لرب المال بوجاهته ونفوذه أن يفتح باباً للعمل أوسع، ويكون الثمن المدفوع في البضاعة ربحاً بينهما.

أما إن اشترى المضارب من رب المال بضاعة، ثم باع مال المضاربة مرابحة فيراعى في بيعه أن يضم إلى رأس المال ما يوجب الزيادة حقيقة أو حكماً أو ما اعتاده التجار، وهذا هو الأصل^(٩). وصورة المسألة: لو اشترى رب المال بضاعة بخمسمائة دينار، وباعها من المضارب بألف، فلا يبيعها المضارب مرابحة إلا بخمسمائة، ولا يقول أنها قامت عليّ بألف لأن

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١٤.

(٢) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٣٥.

(٤) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٦.

(٥) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١٤.

(٦) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٢١٥.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤١٠.

(٨) مركز الاقتصاد الإسلامي، دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، ص ٥٨.

(٩) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١٤.

بيع رب المال من المضارب كبيعه من نفسه؛ لأنه وكيله وكأنه باع ماله بماله فيكون كالمعدوم^(١) وذلك عملاً بالضابط [البيع الجاري بين رب المال والمضارب كالمعدوم فلا يحسب في المراجعة]^(٢).

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالعمل:

والعامل في المضاربة هو محور الشركة وعليه مدار أغلب أحكامها، لأنه الأمين الموكّل بتنمية المال وتدويره. وأتاول الضوابط ذات الصلة بالعامل في نقطتين:

أولاً: الوصف الشرعي للمضارب - بحسب وصف عقده -:

- عند الحنفية: [المضاربة إيداع أولاً، وتوكيل عند عمل المضارب، وغصب إن خالف، وإجارة فاسدة إن فسدت]^(٣).

- وعند المالكية: [القراض نوع شركة قبل قسمة الربح]^(٤).

- وعند الشافعية: [المضارب هل هو شريك في الربح، أم وكيل مستأجر بحصة منه؟]^(٥).

والضوابط الفقهية تبحث في توصيف حال المضارب بتغيير حال المال في يده، وما لذلك من أثر في الأحكام من حيث ما يجب على المضارب أن يقوم به بمقتضى العقد، وما يترتب على عمله من آثار وحقوق له أو لرب المال.

وليس هناك ما يمنع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم باعتبار المقصود منه؛ فمثلاً - وبناء على الضابط عند الحنفية - فإن المال في يد المضارب بعد قبضه وقبل العمل فيه أمانة، حتى إذا تصرف في المال فهو وكيل، ويرجع بما لحقه من العهدة على رب المال^(٦)، فإذا تحقق ربح في المضاربة أصبح المضارب شريكاً في المال - الربح -، وإن لم يتحقق ربح فيبقى على وصفه بأنه وكيل محض؛ وعليه إذا فسخت المضاربة ولا ربح فيها لم يلزم المضارب اقتضاء ديونها عند الحنفية^(٧)، وله الأجرة إن تقاضاها عند المالكية^(٨)؛ لأنه في عمله متبرع فلا يُجبر عليه، ولكنه يوكل رب المال في اقتضاءها، لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد.

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٤/٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٥١٤.

(٣) المرغيناني، الهداية، ٤٤٦/٨.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٧/٣.

(٥) الماوردي، الحاوي، ٣٢٥/٧.

(٦) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٠٨/٢. والمعنى هو أن المساعلة إن بان بأن المال مُستحق لغيره على رب المال.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ١١٤/٦ - المرغيناني، الهداية، ٤٧٠/٨.

(٨) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٦٦. وعلة استحقاق العامل الأجرة هو أن اقتضاء الديون بعد الفسخ فيه منفعة خاصة لرب المال.

وإذا فسدت المضاربة كان العامل في حكم الأجير؛ وضابطه [ما يجري على الأجير في الإجارة المشتركة يجري على المضارب]^(١)

وأما أنها غصب؛ فمن مقتضيات مخالفة الأمر في المال المؤتمن أن يكون منكراً أو جاحده والمتصرف فيه بغير رضا الأمر غاصب، وهو بغصبه يضمن المال مستنداً إلى وقت المخالفة^(٢).

وأما الضابط عند الشافعية؛ فإن الراجح في المضارب أنه وكيل مستأجر، وحصته من الربح يملكها بالقبض، وعليه تكون زكاة مال المضاربة أصلاً وربحاً على رب المال، لأنه مالكه، والزكاة حق المال^(٣)، وقيل: بل العامل شريك في الربح بسهم الملك بسبب العمل، ويخرج زكاته من ربحه^(٤).

ثانياً: الضوابط الفقهية التي تنتظم مجموعة عمل المضارب:

ويحكم دائرة عمل المضارب معياران عامان:

(١) المعيار الأول: [ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله، وما مُنع منه الشريك مُنع منه المضارب وما اختلف فيه فها هنا مثله]^(٥) لأن المضارب في حقيقة الأمر يعمل ليشارك في الربح.

(٢) المعيار الثاني: [عامل القراض ينتظم عمله الأمر العام المعروف بين الناس]^(٦) بمعنى أن عمل المضارب غير مشروط ولكنه متروك إلى العرف، وذلك لمشقة اشتراطه وتحديده^(٧)، وعمله في المضاربة يقتضي بالمجمل [استيفاء ماله، وحفظ أصله]^(٨).

والمعياران هما أساس عمل المضارب؛ لأنه شريك فلا بد أن يحكم عمله ما جرت به عادة التجار، ولأن الأصل في المضاربة أن يطلق التصرف فيها للعامل دون قيد، إلا ما كان من التقييدات النافعة كما سنعرض إن شاء الله.

ويجمعهما الضابط [كل ما شمله إطلاق عقد المضاربة من التصرفات التي تحقق الربح، وجرت به عادة التجار كان للمضارب أن يعمل، وما لا فلا]^(٩).

(١) حمزة، الفرائد البهية، ص ١١٩.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥٠٨ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٢٠٤.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٣٤٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٦.

(٦) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٥ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦٤.

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ٣/ ٥٣٨ - السعدي، عبد الرحمن، القواعد والأصول الجامعة، ص ٤٦.

(٨) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٣٥٣.

وعلى هدى هذا الضابط نسير في تحديد مجموعة تصرفات المضارب على ثلاثة أقسام:

- ١- القسم الأول: ما يملكه المضارب من التصرفات بمطلق عقد المضاربة.
- ٢- القسم الثاني: ما لا يملكه المضارب من التصرفات بمطلق العقد، ويملكه إن قيل له
اعمل برأيك.
- ٣- القسم الثالث: ما لا يملكه المضارب من التصرفات إلا بالنص عليه من رب المال.

١- القسم الأول: ما يملكه المضارب بمطلق عقد المضاربة:

وضابطه [أن المضارب يملك كل ما فيه الحظ والنماء]^(٢) بمعنى جلب الخير، وهذا من حيث العمل الأولي الذي يملكه كل متصرف بالمال بالولاية، بأن تكون الرؤية البعيدة للمضارب تحصيل الربح بأفضل الوسائل وأقلها خطورة، مما جرى عليه عرف التجار، وأن عليه أن يجتهد في ما فيه خير التجارة، ولا يكتفي من العمل بأقله.

ومن التصرفات التي يملكها المضارب – مع ما يملكه الشريك في العنان –^(٣) :
١- البيع والشراء:

والضابط فيه [التوكيل المطلق في عقد المضاربة يقتضي الشراء بثمن المثل]^(٤)

وجاء التفصيل في الضابط [حكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل، ولا يشتري بأكثر مما لا يتغابن الناس بمثله]^(٥).
فعمل المضارب هو التجار بالابتياح والبيع ومؤنتهما عادة^(٦).

أ- والأصل في بيع المضارب وشرائه أن يقعا بالنقد، وبما جرى عليه التعامل من نقد البلد، أما إن باع بالنسيئة – بأن يبيع سلع المضاربة ويؤخر الثمن – فالشرط عند أبي حنيفة^(٧)، وهو قول عند الحنابلة^(٨) أن تكون المدة مما تعارف عليها تجار هذا النوع من السلع، وأن تكون المعاملة أقرب إلى الربح حتى يقال بأن المضارب يملكها بمطلق الإذن.

ولأن الوكيل يملك تأخير الثمن وهو يعمل لمصلحة الموكل، والمضارب يعمل لمصلحتها^(٩)، ثم هو يملك أن يقبل في السلعة فأن يؤخر ثمنها أولى^(١٠).

(١) الغنيمي، اللباب، ٨٠/٢ – ابن قدامة، المغني، ٢٤/٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣٠/٥.

(٣) انظر الصفحات: ١٦٣- ١٦٩.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٧٨/٥.

(٥) المرجع السابق، ٢٥/٥.

(٦) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ٥٠٥/٢.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٧/٦.

(٨) ابن قدامة، المقنع، ١٥٢/٢-١٥٣.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٨/٦.

(١٠) المرجع السابق.

وأما عند الجمهور من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وصاحبي أبي حنيفة^(٣)، فإن المضارب لا يملك بمطلق العقد البيع بالنسيئة-إلا أن يأذن له رب المال-؛ لأن فيه قصر يد المضارب عن التصرف بانتظار تحصيل المال وتوفر السيولة بيده^(٤). وجاء التعليل عند المالكية بأن كل ما فيه تعريض المال للضياع من قبل العامل يضمنه^(٥)، والبيع نسيئة من هذا الباب.

والخلاف في حقيقته يبدو أنه في ما هو الأحفظ للمال، فمن قال أن العمل بالأسباب الظاهرة أحفظ منع من البيع نسيئة، وأما من قال أن غاية تصرف المضارب هي تكثير المال، ولا يكون إلا مع المخاطرة المحسوبة نظراً إلى الغاية، خصوصاً إن جرى عليها عرف التجار؛ قال بجوازه. هذا في بيع العامل بالنسيئة، وأما شراءه فلا يجوز له أن يشتري بالنسيئة ولو أذن له رب المال؛ والفرق بينهما أن البيع بالنسيئة فيه تعريض المال للخطر، والقرار فيه لصاحب المال-عند أصحاب القول الثاني، وبمطلق العقد عن أصحاب القول الأول-، وأما إن اشترى بالنسيئة فإن العامل يضمنه، ويكون الربح له ولا شيء لرب المال^(٦).

ب- ويلحق بالبيع والشراء التوكيل بهما والضابط فيه [كل ما للمضارب أن يعمله فله أن يوكل فيه، وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال]^(٧).
ومن الضوابط [كل تجارة لو باشرها المضارب صح على رب المال، فإذا وكل بذلك يصح على رب المال]^(٨).

ج- ولكن هل للمضارب أن يشتري المعيب؟ أما شراؤه ابتداءً فإن كان فيه المصلحة جاز له، كما جاز للشريك، وأما إن اشتراه سليماً فبان معيباً، ثم اختلف هو ورب المال في رده؛ فإن أحدهما لا يتميز قوله إلا في ما كان فيه الحظ للمضاربة^(٩).

التطبيقات العملية:

- إذا اشترط البائع على المشتري - المضارب - في عقد البيع أن يتم دفع الثمن عن طريق اعتماد مستندي، فإن هذا الشرط يلزم المضارب؛ لأن إجراء البيوع الدولية يتم عادة عن طريق

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٨/٣.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٣٢٢/٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٧/٦.

(٤) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٠/٢.

(٥) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٦٤/٢.

(٦) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٦٢.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٨/٦.

(٨) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، من شرح المادة ١٤١٤، ص ٧٥٠.

(٩) الماوردي، الحاوي، ٣٢١/٧ - ابن قدامة، المغني، ٢٦/٥، ٨١.

فتح الاعتماد^(١)، وهو في حقيقته يشتمل على وكالة بتقديم الخدمات الإجرائية، وعلى كفالة بضمان المؤسسة للمستورد^(٢)، وهما من مصلحة التجارة وعليهما عرف التجار.

- إن المصرف الإسلامي بوصفه مضارب لأرباب الأموال، له أن يوكل من يعمل بهذا المال في مرابحات، أو مشاركات، أو مضاربات، وما يأخذه من ربح في العمليات الثانية، يقسمه مع أرباب المال في العمليات الأولى بنسب ربح أقل غالباً، ليفوز بربحه من فرق النسبتين.

٢- السفر:

وضابطه: [الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سافراً وحضراً]^(٣) الفقهاء في حكم سفر المضارب هل هو من مقتضيات العقد، أم أنه مما يحتاج العامل فيه إلى الإذن لما فيه من تعريض المال للخطر؟

الجمهور من الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والحنابلة^(٦) على أن السفر من مقتضيات عقد المضاربة، وأن اسم العقد قد اشتق منه، قال تعالى: **"وَأَخْرُوجُ بِضُرْبِونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ"^(٧)**، وهي بخلاف الشركة التي كان الأصل فيها العمل ببلد المال، فالمضارب يملك السفر بالمال بدون إذن خاص، على أن يُقيد بما هو آمن وبما فيه خير التجارة.

وأما الشافعية فقد منعوا المضارب من السفر ابتداءً، ما لم يكن السفر مأذوناً به بمقتضى الحال؛ كما لو عقد رب المال المضاربة مع العامل في غير موطنهما، حتى إذا خالف المضارب وسافر ضمن ولو عاد من السفر، لأن سبب الضمان - وهو السفر - لا يزول بالعود^(٨).

وقول الشافعية مع ما فيه من تقييد عمل المضارب له وجاهاًته بحفظ المال، لأن في السفر خطر، وأن مصلحة العمل إذا اقتضت سفر العامل استأذن فيه رب المال، وكان الخلاف في حقيقته اختلاف عرف، وليس من باب التوسعة أو التضييق في الحكم.

وأما نفقة السفر فهل يتحملها مال المضاربة، أم أنها على المضارب؟ والجواب عليه يقرره الضابط: **[ما أذن للمضارب فيه دلالة كانت نفقته على رب المال]^(٩) وهي [ما يُصرف في الحاجة الراتبية بالمعروف]^(١٠).**

(١) معايير هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي ١٤، الاعتمادات المستندية، البند ٣/٢/١.

(٢) المرجع السابق، البند ٣/١/١.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٤/٥.

(٤) المرغنياني، الهداية، ٤٥٣/٨.

(٥) القرافي، الذخيرة، ٥٩/٦.

(٦) المرداوي، الإتيان، ٣٢٦/٥.

(٧) سورة المزمل: الآية ٢٠.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٢/٣.

(٩) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣١٠.

– وجاء فيها أيضاً [لا نفقه للمضارب إلا بشرط أو عادة]^(٢).

والضابط بعمومه يتناول كل واجب أداه المضارب عن رب المال أنه يرجع عليه، وهو إما أن يدفع من مال المضاربة إن كان بيده، أو أن ينفق من ماله بنية أن يرجع على رب المال، ومنها نفقته في السفر عند الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وعند الحنابلة إن شرطها على رب المال^(٥)، وهي نفقة مشروطة بأن تكون في حاجاته الأصلية، وبأن ينفق بالمعروف، وأن يحتمل المال ذلك، غير متعد ولا مضار بالمال^(٦)، لأن العادة قد جرت بأن من سافر بمال غيره أن يتحمل المال مؤنته، وأما في الحضر فلا نفقة له إلا أن يشترطها^(٧).

أما عند الشافعية^(٨)، وعند الحنابلة في أحد الوجهين^(٩) فإن ما يلزم من النفقة في سفر المضارب إنما هو في مال المضارب الخاص، مع ضرورة أن يكون سفره بالإذن عند الشافعية، وإن يأمّن الطريق عند الحنابلة.

وجه هذا القول: إن المضارب دخل على عقد هو فيه شريك بالربح المسمى، فلا يستحق غيره لأن القول باستحقاق النفقة مع الربح قد يؤدي إلى قطع الشركة فيه، كما لو أنفق في سفره ولم تربح التجارة لكان المضارب مستأثراً بالربح - ما كان من نفقته - وهذا مناقض لمقتضى العقد^(١٠)، ثم إن النفقة إنما تكون في الربح ولم يحصل بعد^(١١).

والحقيقة أن نفقة المضارب تتمايز إلى نوعين:

١- نفقات تسيير العمل؛ كنفقات الشحن، وأجور التخليص، واستئجار مكان لحفظ البضاعة مثلاً؛ فهذه تتحملها المضاربة، وليس الكلام فيها.

٢- نفقات شخصية للمضارب: كنفقة تنقله، وإقامته، فهذه لا تجب في الحضر - إلا بالشرط عند الحنابلة -، أما في السفر فهي على رب المال - عند غير الشافعية والحنابلة في وجه -، لأن السفر كان لأجل ماله، فيتحمل مؤنة النفقة بالمعروف.

التطبيقات العملية:

والقول في نفقة المضارب اليوم يحتاج إلى مراعاة المتغيرات التالية:

- (١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١٤ .
 (٢) ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، ص ١٤٥ .
 (٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٠٥ .
 (٤) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٦٢ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦٣ .
 (٥) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤١ .
 (٦) المرادوي، الإصناف، ٥٢/ ٣٢٦ .
 (٧) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤١ .
 (٨) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤١٢ .
 (٩) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٤ - البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٥٠ .
 (١٠) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٥ - البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٥٠ .
 (١١) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤١٢ .

أ) إن النفقة التي اختلف الفقهاء في مناط فرضها إنما هي في علاقة ثنائية بين طرفي عقد، أما وقد أضحت المضاربة المشتركة هي الواقع المطبق؛ فإن المصرف الإسلامي كمضارب مشترك تلزمه من النفقات والمصاريف العمومية-كتأسيس فروع ومراعاة سرعة الخدمة وجودتها- الشيء الكثير لضمان بقائه في سوق منافس، مما يعني عدم قدرة مال المضاربة على تحملها وإن كانت مشروطة^(١).

ب) إن النفقات التي يحتاجها المال لم تعد من النوع البسيط الذي تناوله الفقهاء-مع التنبيه إلى ضخامة رأس المال قياساً بضالته في ما سبق- مما يؤدي في واقع الأمر إلى أن تقضي النفقة على أي ربح، وهذا ما لا يقول به أحد.

ج) تتنوع النفقة اليوم عند حساب التكلفة التي تخصم من الربح إلى التكلفة الضمنية: وهي تكلفة إعاشة المضارب، أو نفقته الخاصة فهذه لا تحتسب ضمن نفقات المضاربة.

وتكلفة غير مباشرة: وهي التكلفة الخاصة بنشاط المضارب ذاته، وليس بنشاط المضاربة على وجه الخصوص، وهي في المصرف الإسلامي تشمل المصروفات الإدارية التي يتحملها لكافة الأنشطة؛ كما لو استأجر من يقوم بالنشاط الإداري، فلا تحتسب هذا الأجر من ضمن عناصر التكلفة الواجبة الخصم، بل يقع في ذمة المضارب، وعليه فإن المساهمين يتحملون ما يدفع من مكافآت للإدارة العليا، وأجرة الإدارة التنفيذية، فتحسب تكلفة هذه الفئات من حساب المساهمين^(٢). وعليه فإن المضاربة إذا حققت أرباحاً فما يستحقه المساهمون من حصة المضاربة تُغطى به المصروفات الإدارية، وإن وقعت خسارة تحمل المودعون نتائجها بالنقص من أموالهم، وأما المساهمون فيتحملون المصروفات الإدارية وهو ما يقابل خسارة العامل لعمله في المضاربة الثنائية-أو التقليدية-^(٣).

ولقد مايزت هيئة المحاسبة الإسلامية بين المصروفات الخاصة بعمليات الاستثمار-الخاص والمشارك- وبين مصروفات المضارب في أعماله، فحملت كل عملية من النوع الأول تكاليفها الخاصة، وتركت مصروفات المضارب - المصرف - على الإدارة على أن يحدد له سقف أعلى بحيث يتحمل ما زاد عنه^(٤).

(١) حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٤٤٤ .

(٢) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٤٧-٤٨ .

(٣) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٤٧-٤٨ .

(٤) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (٤٠)، الحسابات الاستثمارية وتوزيع الأرباح، البند

٢ - القسم الثاني: ما لا يملكه المضارب من التصرفات بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك.

وضابط ما يملكه المضارب بقول رب المال له اعمل برأيك: [كل ما يحتمل أن يلحق بالمضاربة عند وجود الدلالة]^(١)

وهو كذلك: [ما يفهم من إطلاقها دلالة]^(٢)

والكلام في الضوابط وإن جاء عاماً؛ إلا أنه يعد إطاراً يحتكم إليه إن وقع نزاع بين رب المال والعامل، وادعى فيه الأول تجاوز المضارب في العمل.

وأما حدود الإطلاق بمقتضى الإذن في اعمل برأيك، فاختلف فيه بين موسع ومضيق؛ فأما من ضيق فإن مقتضى قول رب المال للعامل: اعمل برأيك إنما هو في كفيات البيع والشراء وما جرى عليه عرف التجار، وليس في الخروج عن حدود العقد، وأن عمله برأيه ينصرف إلى تدبيره والتماس النماء واجتهاده في وفور الأرباح^(٣).

وأما من وسّع؛ فألحق بالمضاربة كل ما يحتمل أن يلحق بها مما تحققت به غاية العمل من الاسترباح؛ وإن من دلالة الإذن بالمضاربة أن يشارك العامل بمالها أو أن يخلطه بغيره أو يدفعه إلى من يضارب فيه^(٤).

وما يعيننا هنا هو تفصيل أحكام فعل المضارب إن وقع مأذوناً له فيه، أو إن فوض إليه رب المال إذناً عاماً بقوله اعمل برأيك.

والضابط العام الذي يصدق عليها هو ماقرره الحنفية أن [من لا يعمل إلا بإذن، لا يوكل إلا بإذن]^(٥).

- وعند المالكية: [العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس في أكثر الأحوال]^(٦).

- وعند الحنابلة جاء الضابط: [قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكة، إن كان يجوز إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أميناً وإلا فلا، وإن لم يكن إقباضه جائزاً فالضمان عليها]^(٧).

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ٥٦/٥ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٦/٥ .

(٣) الماوردي، الحاوي، ٣٢٢/٧ — ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٠/٦، ٩٢ — ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥، ٣٠ .

(٥) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٤ .

(٦) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٦٥/٢ .

(٧) ابن رجب الحنبلي، تقرير القواعد، القاعدة ٢٩٤، ص ٤٧٣ .

وأتناول تفصيل التصرفات في النقاط التالية:-

١- المشاركة بمال المضاربة: فإن المضارب بالإذن، أو إن قيل له اعمل برأيك له أن يشارك بمال المضاربة؛ لأن غرض العملين واحد وهو الاسترباح^(١)، ولأن الشركة من التجارة فيصدق عليها موضوع الإذن بالعمل في المضاربة، إلا أن المقصود هنا هو ما كان من الشركة في الأموال، أما عقد شركة الوجوه؛ بمعنى أن يستدين على مال المضاربة ويكون شريكاً لرب المال في ما زاد عن رأس المال، فلا يملكه إلا بإذن خاص^(٢).

(أ) وعليه يملك المضارب اليوم أن يشتري بمال المضاربة أسهم شركات عاملة، وأن يتخير الأفضل منها عملاً وربحاً، إلا أنه لا يملك أن يشارك في المال في أسهم شركات أجنبية - خارج حدود بلد رب المال - لأن فيه تعريض المال للخطر.

(ب) كما يملك المضارب أن يدفع مال المضاربة في صكوك استثمار محددة المدة.

٢- خلط مال المضاربة بغيره أو (تكوين محفظة للودائع المخصصة للاستثمار)^(٣):

إن خلط المضارب مال المضاربة بماله، أو بمال غيره؛ فإن كان بالإذن أو بالتفويض العام صح فعله على المضاربة، وإلا ضمن المال؛ لأن في الخلط إيجاب حقوق للغير في المال، وما يملكه المضارب من الإذن بمقتضى عقد المضاربة لا يخوله أن يلزم رب المال بما لم يلتزمه^(٤). ومن جانب آخر؛ إذا خلط المضارب ماله بمال المضاربة فكأنه أفرغ العقد من أحكامه جزئياً، وأدخله في شبه بالشركة؛ لأن من مقتضيات المضاربة التخلية بين العامل والمال، وقطع علاقة رب المال في تصريفه، والمضارب بالخلط أصبح مالكا وعاملاً، ثم إنه في حال الخسارة - في الشركات - فإن الأطراف المشاركة كلها تتحمل نصيبها منها، أما في المضاربة فلا تكون الخسارة إلا على رب المال، لكل ذلك كان لا بد أن يسبق الخلط الإذن من رب المال^(٥). وعند المالكية كان الشرط أن يخلط المال بمثله، وأن يكون الخلط قبل شغل أحد المالكين^(٦). وانفرد المالكية بالقول بوجود الخلط إن خاف العامل رخصاً أو غلاء في الشراء، لأن مناط عمله النظر في مصلحة المال، وهذا منه^(٧).

ومن تطبيقات الضابط:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٦ - عيش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣ - ابن قدامة، المغني، ٣٠/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٦.

(٣) الأبجي، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ١١٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٦ - عيش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٢٣/٣.

(٥) قحف، منذر، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، ط ١٩٩٨، ج ٢، ج ٤، ص ٤٧-٤٨.

(٦) عيش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٢٣/٣-٥٢٥.

(٧) المرجع السابق، ٥٢٤/٣.

أ) إن المصرف الإسلامي في عمله في المضاربة المشتركة كمضارب يخلط أموال المودعين ويستثمرها في عملياته، كما أن خلطاً آخر يحصل بين أموال المودعين وأموال المساهمين في المصرف، الأمر الذي يستلزم أن يسبق ذلك بتفويض خطي من رب المال.

ب) يملك المضارب أن يضع مال المضاربة في حساب استثماري في مصرف إسلامي - إن أذن له رب المال - لأن حقيقة الحسابات الاستثمارية هي اختلاط أموال المودعين لاستثمارها بمشاريع مطلقة أو محددة بحسب نوع الاستثمار.

ج) وأما على ما اشترطه المالكية من أن يكون الخلط قبل شغل المال وتحوله إلى عروض، فإن المحذور الذي قصد المالكية درأه من أن يدخل المال الثاني لجني أرباح حققها المال الأول أو جبر خسارة حصلت يمكن تفاديه اليوم من خلال ما استقر عليه العمل من حساب الأرباح بنظام الثمر وذلك بمراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار وبحسب نوع الاستثمار^(١).

٣ - دفع مال المضاربة مضاربة:

والضابط فيه: [كل من صحت مباشرته الشيء صح منه التوكيل فيه لغيره، وما لا يجوز له مباشرته لا يصح توكيله ولا التصرف فيه بالوكالة عن غيره إلا مواضع استثنت: المضارب له أن يضارب بالإذن أو التعميم]^(٢).

— وضابط [المضارب يملك من المضاربة العمل، ولا يملك تقبل العمل]^(٣).

والضابط يقرر أن مقتضى عقد المضاربة؛ أن يعمل المضارب بمال صاحبه تحصيلاً للربح، وليس من عمله أن يضمن العمل لرب المال ويدفعه لمن يقوم به كما في شركة الأعمال؛ لأن غرض هذه الشركة هو العمل، والغرض من المضاربة هو الربح.

وهو لا يضارب عند الشافعية إلا بالإذن الصحيح الصريح، ولا يكفي قول رب المال للمضارب اعمل برأيك؛ لأن مقتضى الإذن أن يكون عمله فيها موكولاً إلى رأيه فإن قارض بالمال كان العمل لغيره^(٤).

فإذا ضارب المضارب بالمال مع الإذن؛ فإن العامل الأول يكون وكيلاً لرب المال في ذلك، فإذا دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح جاز، أما إن شرط لنفسه شيئاً من الربح فسد العقد عند الشافعية^(٥)، والحنابلة^(١).

(١) معايير هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (٤٠)، الحسابات الاستثمارية وتوزيع الأرباح، البند ١/٥.

(٢) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي، ٣٢٠/١.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٣٤٠/٧.

(٤) الماوردي، الحاوي، ٣٣٦/٧.

(٥) المرجع السابق، ٣٤٠/٧.

وجه القول بالفساد: إن الربح في المضاربة إنما يستحق بالمال أو بالعمل، ولم يحصل من المضارب الأول أيا منهما، فلا يستحق شيئاً من الربح^(٢). والسبب في فساد العقد هو أن شرطاً فيه صار منافياً لمقتضاه فبطل وصار العامل مضارباً في قراض فاسد، إلا أنه لا ضمان عليه ولا على الوكيل – العامل الأول – لأن كل واحد منهما غير متعد بالمال^(٣).

وعند الحنفية الأصل أن الشيء لا يستتبع مثله^(٤)، وعليه فإن المضارب لا يملك أن يضارب بالمال بمقتضى العقد، ويملكه بالإذن أو التفويض العام.

وهو إن دفعه مضاربة إلى آخر استحق ما شرط له من الربح؛ لأن صرفه المال إلى المضارب الثاني كان بالإذن فيقع عمل المضارب الثاني له وكأنه عمل بنفسه؛ كمن استأجر إنساناً لخياطة ثوب بعشرة، فاستأجر الأجير من خاطه بخمسة، طاب له الفضل^(٥).

إلأن آلية توزيع الربح تختلف باختلاف عبارة رب المال؛ فهو إن أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يصفه إلى المضارب بأن قال: وما رزق الله بيننا على النصف، ودفع المضارب الأول إلى الثاني مضاربة بالثلث، فثلث جميع الربح للثاني، بناء على شرط المضارب الأول له^(٦). وأما إن قال رب المال للعامل: وما رزقك الله على النصف بيننا؛ استحق رب المال نصف جميع الربح، وما بقي بعد ذلك يدفع المضارب الأول للثاني منه الثلث، ويخلص له الباقي^(٧).

وبناء على قول الحنفية يمكن تكييف استحقاق المصرف الإسلامي للربح من المضاربة المشتركة والتي تعتبر شكلاً من أشكال الاستثمار عنده؛ بأن المصرف يضارب لمجموع أرباب الأموال بناء على تفويضهم له بخلط أموالهم، ويتولى هو كمضارب تقليب المال وتشغيله في عقود مشاركة أو مضاربة، أو غيرها مما يرى فيه وسيلة فاعلة لتنمية المال.

وإن علاقة المصرف بجمهور المضاربيين – المتعاملين معه بعقود استثمار مضاربة – علاقة الموكل بوكيله، لأنه – المصرف – في واقع الأمر لا يملك كل المال الذي بيده، وهو غير ضامن له في الأحوال العادية، نعم هو يملك ما يخلطه من أموال المساهمين مع مجموع أموال المستثمرين

(١) ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥.

(٢) المرجع السابق، ٢٩/٥، ٣١.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٣٤٠/٧.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٦.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦ – شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٢/٢.

(٧) المرجع السابق.

في حساب المضاربة^(١)، لكن خلط المال أفرز حكماً جديداً بعدم تمييز مال واحد من الخلطاء، وأصبح المجموع هو رب المال.

وفي المقابل يملك العامل أن يقارض لأكثر من واحد؛ لأن رب المال لا يملك بمقتضى عقد المضاربة منافع العامل كلها، فهو كالأجير المشترك^(٢)، إلا أن الإذن للعامل بالقراض لغير رب المال مرهون بأن لا يشغله عمله في الثانية عن العمل في الأولى - على فرض عدم حصول خلط-، وكذلك قد يتعدد المضاربون لرب المال الواحد؛ لأن القراض عقد على منفعة العامل، فجاز للاثنين أن يقارضا الواحد^(٣).

٣- القسم الثالث: ما لا يملكه المضارب من التصرفات إلا بالنص عليه من رب المال: والضابط فيه [إن لزوم الضرر فرع التزامه]^(٤).

والمعنى في الضابط أن رب المال بدفعه المال إلى العامل مضاربة رضي بما ثبت في العقد من أحكام لزمتم بمقتضاه، وأما ما عدا ذلك فلا يلزم رب المال إلا أن يأذن فيه للعامل إذنا صريحا؛ لأن آثار الإذن تعود عليه ابتداءً - بما هو صاحب المال -، فكان لزوم الأثر نتيجة للالتزامه.

ويقصد بالضرر هنا هو كل ما كان من إتلاف المال، أو ما كان من التصرفات مما لا يقابله مال في الحال، أو ما كان فيه إيجاب التزام على رب المال لم يلتزمه؛ من إقراض المال، أو هبته - إلا إن كانت هبته بثواب فتصح لأنها بمعنى البيع^(٥) - أو الشراء بما لا يتغابن بمثله لأنها محاباة وهي من التبرع، ولا أن يستدين على مال المضاربة لما فيه من إثبات الضمان على رب المال في ما لم يضمنه ولم يرض به بما أثبتته عليه من زيادة في رأس المال^(٦)، لأن المال إذا هلك بعد الشراء به وقبل نقده رجع المضارب على رب المال بمثله، فلو جازت الاستدانة بدون الإذن لألزمنا رب المال زيادة ضمان،

(١) الأمين، حسن (١٩٨٣)، *الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام*، ط١، دار الشروق: جدة، ص ٣١٨ - الصواب، علي (١٩٩٢)، *الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة*، مجلة دراسات، المجلد التاسع عشر (١)، ص ٢٥٧.

(٢) ابن نجيم، *الفوائد الزينية*، ص ١١٩ - ابن قدامة، *المغني*، ٣٠/٥.

(٣) الماوردي، *الحاوي*، ٣٥٥/٦.

(٤) الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١٧٧/٦.

(٥) عليش، *بهامش حاشية الدسوقي*، ٥٣٨/٣ وتفسح المالكية في تصرفات الشركاء أكثر منها في تصرفات المضارب، حتى أنهم منعوا من الهبة ولو بقصد الاستلاف، واقتصر الحكم عندهم على إباحة اللقمة! لما غلب على المضارب عندهم من وصف الأجير. *الدسوقي، حاشية الدسوقي*، ٥٣٨/٣.

(٦) الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٩٠/٦.

ومما لا يملكه المضارب إلا بالإذن الخاص كذلك النفقة على نفسه في الحضر، لأن النفقة استهلاك للمال، وعمل المضارب من التنمية؛ إلا أن يشغله عمله في المضاربة عن اكتساب رزقه فله أن يشترط النفقة^(١).

والخلاصة هنا؛ أن المضارب وإن كان له في عمله ما لشريك العنان من حكم، إلا أن المضارب يعمل وصفة الوكالة فيه أغلب لأنه غير مالك للمال، أما الشريك في الأموال فإن ميزة الملك خولته أن يتصرف بما يرى فيه المصلحة، فالدائرة للشريك أوسع، ومداها أرحب كنتيجة لخصيصة الملك.

المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بأحكام شركة المضاربة:

وأتناول أحكام المضاربة في هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موضوع عقد المضاربة:

ويقصد به ما يصح أن يُشغل به المال في المضاربة ابتداءً وبمقتضى تشريع العقد العام، وجاءت الضوابط عند الفقهاء متفقة على أن الأصل هو الاتجار.

- عند الحنفية جاء الضابط: [إن عقد القراض يتضمن التوكيل بالتجارة]^(٢).

- وعند المالكية كان الضابط: [التجر بالبيع والشراء لتحصيل الربح]^(٣).

- وعند الشافعية: [القراض مختص بما يكون النماء فيه حادثاً عن البيع والشراء]^(٤).

- وجاء الإطلاق عند الحنابلة [الإذن في المضاربة ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه]^(٥).

والضوابط بعمومها تحدد مجال عمل المضارب بأن يكون في ما جرى عليه العرف من التجارة بالبيع والشراء، وهو نمط تقليدي لهذه المعاملة، وما جرى عليه من تطوير توقف عند حد تطوير نموذج التجارة دون أن يخرج عن أصلها.

إلا أن الحنابلة في ما يبدو كانوا أكثر مرونة من غيرهم لما علقوا الجواز على كل ما يمكن بيعه من عين، أو منفعة وصولاً إلى غاية العقد من الربح.

ومن المالكية من قال بجواز شغل مال المضاربة في المزارعة، ولكن الممنوع هو أن يشترط رب المال على العامل أن يعمل في الزراعة بيديه، لأنه عمل في ما لا يقتضيه العقد^(٦)، حتى إذا

(١) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٣٠/٣ - ابن قدامة، المغني، ٥/٤١.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٠/٢.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٧/٣.

(٤) الماوردي، الحاوي، ٣١٣/٧.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٧/٥.

(٦) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٢١/٣.

تم التوافق بين الطرفين على العمل في ما هو خارج نمط المضاربة التجاري المعتاد، فلا يوجد ما يمنع شرعاً وفق قول المالكية.

ولعل السبب في هذا الاختلاف بين الحنابلة والمالكية على قول - من جهة، وبين الحنفية من جهة أخرى؛ هو في أصل تكييف عقد المضاربة؛ فالحنفية جعلوا المضاربة من جنس المعاوضات كالإجارة^(١)، وعليه فإن جهالة الأجرة تجعل من هذا العقد على خلاف القياس، وبالتالي تضيق نطاق المضاربة وحصرها في المتاجرة بمال يبدأ نقداً ليتحول إلى بضاعة جاهزة ثم تباع البضاعة لتعود نقداً^(٢).

أما الحنابلة، فالمضاربة عندهم من جنس المشاركات^(٣)، أضف إلى ذلك ما تميز به المذهب من نظرة اليسر في العقود والشروط بوجه عام، الأمر الذي أمكن معه تصحيح كثير من المعاملات التي لا يصحها غيرهم^(٤).

التطبيقات العملية:

(أ) وعليه تصح المضاربة بأن يقدم رب المال رأس المال اللازم لاستئجار طائرات الركاب التجارية، بحيث يتولى المضارب - أو مجموعة المضاربين - إجراء عقد الاستئجار بمال المضاربة لمدة طويلة نسبياً - خمس سنوات - ثم يعهدوا بتأجيرها إلى مدد أقصر - ذات عائد أكبر - ، ويكون المتحصل من فرق الاستئجار والإيجار ربحاً للمضاربة^(٥).

(ب) ومنها أيضاً أن يقوم المضارب باستيراد عدد من العمال المهنيين، ويتكفل من مال المضاربة بتوفير تكاليف إقامتهم القانونية والشخصية، ثم يتولى تشغيلهم على أن تكون الأجرة المتحصلة ربحاً للمضاربة بعد طرح نفقاتها وأجور العمال، وصورته اليوم كما في مكاتب الخدم الوافدين ومكاتب خدمات العمال العامة^(٦).

الفرع الثاني: أنواع المضاربة:

والمضاربة بحسب دلالة الصيغة، واشتراط رب المال وعدمه نوعان:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٠٨ .

(٢) حمود، سامي، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٤٨ .

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩/ ٩٩ .

(٤) حمود، سامي، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٤٩ .

(٥) أخذت فكرة هذا المثال مما عرضه سامي حمود من نماذج عمل صكوك المضاربة، انظر: حمود، سامي، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٨١ .

(٦) المرجع السابق، ص ٧٩ .

١- المضاربة المطلقة: وهي التي يعمل فيها المضارب بما جرت به عادة التجار في أعمالهم وما استقرت عليه الأعراف التجارية^(١).

٢- المضاربة المقيدة: وهي التي اقترن بصيغة عقدها شرط يحدد عمل المضارب في المكان أو الزمان أو نوع التجارة^(٢).

وأ تناول في هذا الفرع ما يقع من اشتراط رب المال على العامل من شروط خاصة يخرج بها العقد عن إطلاقه، وما يترتب على هذا الاشتراط من نتائج.

وتنوعت ضوابط هذا الفرع بين مقرر لأصل الإطلاق في العقد، وأن ما وقع من تصرفات المضارب يفترض به أن ينتظمه هذا العموم، وبين الضوابط التي تحدد التقييد الذي يصلح أن يكون مانعاً من التصرفات المطلقة، وما يترتب على تجاوزه من مخالفات وعقوبات.

وأعرض هذه الضوابط من خلال النقاط التالية :

أولاً: الضوابط الفقهية في أن الأصل في المضاربة الإطلاق:

- جاء الضابط عند الحنفية: [الأصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم]^(٣).

- وعند الشافعية: [القراض يصح أن يعم جميع الأجناس، وأن يعين بأحد الأجناس]^(٤).

- وعند الحنابلة: [الإذن في التصرف مضاربة يصح من غير تعيين]^(٥).

والكلام عند الشافعية والحنابلة وإن جاء بصيغة الحكم، إلا أنه يندرج في الأصل الذي قرره الحنفية من أن العمل في المضاربة يقع عاماً لأن غرض التوكيل فيه تحصيل المال، في حين كان الشرط في الوكالة الصريحة التخصيص بالجنس والنوع أو بمقدار الثمن، لأن القصد منها هو خصوص المشتري^(٦)، وعلى حكم الإطلاق يصح للمضارب التصرف في كل ما جرت به عادة التجار مما تقرر في المطلب السابق^(٧)، وأن كل ما يناقض هذا الأصل-الإطلاق في العقد- يعد تحجيراً يفسد معه العقد .

ومن تطبيقاته العملية:

(١) البعلي، عبد الحميد، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي الواقع والأفاق، ص ٧١.

(٢) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٠٧، ص ٧٤٤.

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥/ ٧٥.

(٤) الماوردي، الحاوي، ٦/ ٣٤٢، ٣٤٤.

(٥) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٥٦.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٦.

(٧) انظر الصفحة ٢١٩ وما بعدها.

عقد الوديعة قد يتضمن تفويض البنك تفويضاً مطلقاً في استثمار الأموال في ما يراه مجدياً - مضاربة مطلقة -، وإلا بأن كانت في مشروع محدد، وأن يتم توزيع الأرباح الخاصة بالمشروع على المشاركين فقط كانت مقيدة^(١).

ثانياً: الضوابط الفقهية في تقييد تصرفات المضارب:

- جاء الضابط عند الحنفية: [رب المال متى ذكر عقب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداءً، أو يمكن جعله مبنياً على ما قبله يُجعل مبنياً عليه، وإن استقام الابتداء به لا يبنني على ما قبله ويجعل مبتدأ]^(٢). وتعليقه: [أن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير، كان الحكم للتفسير]^(٣).

وجاء عندهم أيضاً: [أن التقييدات يُعرف المراد منها بالعرف]^(٤).

- وعند المالكية جاء الضابط في التقييد [مجرد التسمية هل هو نهي عن الغير؟]^(٥). وجاء عندهم أيضاً: [ما أفسده الشرط تفسده العادة]^(٦).

والأصل في صلاحية أفعال المضارب للتقييد ما جاء من حديث العباس بن عبد المطلب أنه كان إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازته^(٧).

ومما يستدل به على التقييد من اللغة؛ لو قال رب المال للعامل: خذ هذا المال تعمل به في الأردن بصيغة الجزم أو قوله خذ الألف بالنصف في الأردن، فإنها تفيد تقييده بالمكان، بخلاف قوله: خذه واعمل به فتكون للتخيير، ولا ضمان في مخالفته.

والتقييد يُعرف ابتداءً باللغة، ويستأنس فيه بالعرف؛ فمثلاً إذا قال رب المال للمضارب: خذ المال بالنصف في عمان، فعمل به في العقبة كان مخالفاً للأمر بناءً على الضابط العام - القياسي -، وفي الاستحسان لا يكون كذلك؛ لأن أماكن الوطن واحدة في مستوى الطلب غالباً^(٨). ومستنده هو العرف التجاري، حتى إذا كانت بضاعة المضاربة مما لا يسوق إلا بعمان كان مخالفاً.

(١) الأبي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٢٥.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥ / ٥٩ - ٦٠ - شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٠ / ٢.

(٣) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٠ / ٢.

(٤) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥١٠ / ٢ - التسولي، البهجة، ٣٥٩ / ٢.

(٥) التسولي، البهجة، ٣٥٩ / ٢.

(٦) المرجع السابق، ٣٥٨ / ٢.

(٧) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب القراض، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه ومن اتجر في مال غيره بغير أمره، ح (١١٣٩٨)، ٦ / ١١١، وقال الزيلعي أثر ضعيف السند، انظر: الزيلعي، نصب الراية ٤ / ١١٤.

(٨) وجاء التعليل عند المالكية: إن أماكن المصر سواء في السعر والتقييد والأمن. انظر أمثلة أخرى: التسولي، البهجة، ٣٥٩ / ٢.

فليست مخالفة الشرط فقط هي التي تؤثر على العقد وتفسده بالمخالفة، بل وكذلك مخالفة ما جرت به العادة؛ فإذا لم يرق المضارب بما اعتاد عليه من العمل كان مخالفاً، كمن كانت عادته السفر فاشترى ما يجلس به للتجارة فإنه يكون متعدياً. (١).

ومن التقييدات التي يُستدل عليها بحكم العرف؛ عدم قدرة المضارب على تحريك المال إن كان ناضباً بعد وفاة رب المال، إن كان قد علم بموته، فإذا حركه ضمن. (٢).

ضابط الشرط التحجيري فيما أرى: [كل فعل يخرج العامل عن وصف الأمانة يُمنع من رب المال] (٣)

ومن التطبيقات العملية:

(أ) ما قد يرد في صيغة صكوك المقارضة من اشتراط نشاط معين للاستثمار فيه، أو بتحديد النطاق الجغرافي للعمل، والمدة الزمنية في نوع الاستثمار قصير الأجل (٤).

(ب) الفرق بين الصكوك المطلقة والمقيدة هو أن متحصلات صكوك المضاربة المطلقة تستخدم في كافة المجالات أو الأنشطة التي تعتقد الشركة أنها ضرورية، أما المقيدة فتستخدم لتمويل مشروع أو نشاط محدد، ومن ثم فإن المستثمر في هذه الحالة له الحق في اختيار المشروع أو النشاط الذي يتم فيه استخدام أمواله، في حين لا يتمتع بهذا الحق المستثمر في المطلقة (٥).

(ج) بناء على تنوع المضاربة إلى مطلقة ومقيدة؛ فإنه يمكننا أن نقسم مخالفات المضارب إلى نوعين: ضمان عقد: في ما لو خالف مقتضى الإطلاق في المضاربة، وضمن فعل: في ما لو خالف الشروط التقييدية في المضاربة المقيدة (٦).

ثالثاً: زمن التقييد المعتبر كشرط ينبغي الالتزام به :

ضابط [المضارب متى جاز عزله جاز نهيته] (٧)

ضابط [حيث كان المالك لا يملك عزل المضارب فلا يملك تخصيص الإذن] (٨)

والمعتبر في زمان التقييد هو أن يقع قبل الشراء بالمال، وهو غالباً ما يكون في الصيغة عند العقد، حتى إذا تأخر إلى ما بعد الشراء لم يقع موقعه المفيد من الإلزام (٩)، فإذا نهى رب المال المضارب عن العمل في مكان ما - كمنعه من البيع في ضواحي المدن مثلاً - أو عن التجارة في

(١) التسولي، البهجة، ٣٥٩/٢ .

(٢) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣ - التسولي، البهجة، ٣٦٣/٢. ويقرر المالكية مع تضمينه أن الربح بينهما على الشرط.

(٣) القرافي، الذخير، ٣٧/٦.

(٤) حمود، سامي (١٩٩٦)، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ط١، ص٧٤-٨٠.

(٥) مصطفى، أحمد، تنوع أدوات التمويل الإسلامية، والكلام نقلاً عن حسين شحاته.

(٦) إبراهيم، الإلتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١١٨ .

(٧) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، استندت هذا الضابط من شرح المادة ١٤٢٢، ص٧٥٤.

(٨) المرجع السابق، استندت هذا الضابط من شرح المادة ١٤٢٠، ص ٧٥٤.

(٩) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٧.

نوع بضاعة بعد أن أطلق له؛ فإن كان النهي قبل البدء بالعمل أو بعده وقد صار المال ناضجاً صح نهيته، أما إن نجاه بعد العمل أو كان المال عروضاً لم يصح، لأنه لم يصادف محلاً مؤثراً وقد أصبح العقد لازماً .

رابعاً: التقييدات النافعة والتي تحقق مصلحة رب المال ولاتناقض مقتضى العقد، والتقييدات التي تدخل في باب التحجير على المضارب ويفسد معها العقد :

والضوابط المميزة لما يصلح قيدياً على عمل العامل، وما لا يصلح هي: الضابط عند الحنفية: [كل شرط اشترطه رب المال على المضارب؛ إن كان لرب المال فيه فائدة فإنه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به، وإلا صار مخالفاً^(١)، لأن المضاربة توكيل والتخصيص فيه فائدة^(٢).

والضابط يبين صحة مبدأ الاشتراط في المضاربة، ويقصر حكم الجواز على ما كان لرب المال فيه مصلحة، ولا يمنع الربح أو يسد منافذه، وكأنه يفرق بين التقييد المسموح، والتحجير الممنوع.

وعليه يملك رب المال عند الحنفية أن يخصص تصرفات العامل في المكان- لخصوص محل-، والزمان- كالمواسم الصيفية والشتوية وليس بالمدة المحددة كشهر مثلاً-، وجنس التجارة، ونوعها وثمان ما يبيعه منها^(٣).

و عند المالكية^(٤) والشافعية^(٥) لا يجوز إلا أن يكون الصنف موجوداً لا يختلف في وقت من الأوقات، لأن في ذلك تضيقاً يعظم به الغرر^(٦).

وكان التقييد النافع يُعرف بما فيه حفظ المال، وتوقع زيادته في نوع معين من التجارة، أو بلد أو موسم؛ كما لو نجاه عن الاستيراد من المناطق التي تشهد توتراً أمنياً، أو أن يمنعه من شراء السلع من بلد يعاني من تذبذب سعر عملته بصورة كبيرة، حتى إذا قيده بالبقعة الضيقة- كالمحل التجاري- أو الشخص الواحد تعاملاً بيعاً وشراءً؛ فإنه وبحسب العرف يعد من التحجير الممنوع في المضاربة لمناقضته لمقتضاها وما فيه من الإطلاق، والذي تفسد به المضاربة^(٧).

وليس كل خروج عن الشرط ممنوع؛ فإذا خالف المضارب لما هو خير فهو مأجور غير مغروم؛ لأن عمله على الحظ والنماء، والرأي موكول إليه، فإذا رأى الخير في مخالفة أمر رب المال؛

(١) الشلبي، بهامش تبين الحقائق، ٥/ ٥٩ .

(٢) الشلبي، بهامش تبين الحقائق، ٥/ ٥٩ .

(٣) السمرقندي، خزائن الفقه، ص ٣٠١ .

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦١ .

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٢٠- ١٢١ .

(٦) القرافي، الذخيرة، ٦/ ٣٨ .

(٧) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٢٠٨ .

كما لو قال له: بيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد، فباع به - عند عدم اختلاف السعر - صحت مخالفته عقلاً وشرعاً^(١).

والكلام في صحة التقييد في المضاربة وإن جاء بعمومه باسم رب المال، لما غلب على عقده من أنه دافع المال في المضاربة، فكان له أن يضع ما يراه من الشروط المعتبرة التي تحقق له سلامة المال، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يقيد العامل العقد بشروط تحفظ له حقه؛ كاشتراطه النفقة في الحضر إن عمل يومه كله في المضاربة.

وكذلك الأمر في المضاربة المشتركة التي تعقدها المصارف الإسلامية، أو نظام الاستثمار بصكوك المضاربة حيث يتولى فريق المضاربيين - المصرف - بتحديد التزامات العقد، وشروطه، وليس في ذلك ما يمنع شرعاً، لأن الشروط التقييدية من رب المال هي حق قابل للإعمال أو الإسقاط، وهي ليست حكراً عليه، ولكنها غلبت في جانبه لقوة ماله، وليس ثمة مخالفة إن أصبحت القوة للمضارب المشترك كمصرف^(٢).

التطبيقات العملية:

(أ) الكلام في الشروط التقييدية في عقد المضاربة يمكن أن يستفاد منه اليوم من خلال ضرورة دراسة مشروع الاستثمار في المضاربة وقابليته للاستمرار، وجدواه الربحية، وما يوجه إليه العامل من الشروط، وهو إن قلنا بالمضاربة على مستوى المصرف الإسلامي فهو السبيل الأمثل لتعويض معيار ملاءة المقترض الذي تعمل به البنوك الربوية^(٣).

(ب) من الأوعية الادخارية التي توفرها المصارف الإسلامية: حسابات الاستثمار المخصص - المضاربة المقيدة - وهي حسابات للراغبين باستثمار أموالهم في مشروع محدد^(٤).

(ج) من فوائد المضاربة المقيدة؛ ضمان عدم تدخل رب المال في المضاربة وإفساد العقد، أما خطورتها فتكمن في أن المضارب إن فعل ما نهاه عنه رب المال، أو فعل ما لا يحق له فعله - بمقتضى المضاربة المطلقة - يصدق عندها عليه وصف الغاصب، ويضمن^(١).

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ٦٠ / ٥.

(٢) انظر تفصيل الشروط في المضاربة المشتركة: حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٣٩٩.

(٣) المالقي، عائشة، (٢٠٠٠) البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ط ١، المركز الثقافي العربي، ص ٣٦٦. ويقصد بمعيار ملاءة المقترض في البنوك الربوية: أن القرض لا يُعطى إلا بعد تقديم المقترض زمرة من الضمانات والتي يمكن للبنك بها ضمان حقه باسترجاع المال مع فوائده في الفترات المحددة، وهي وإن كانت مطلوبة بصورة ما في المصارف الإسلامية إلا أن العمدة عنده على مدى فاعلية المشروع المطلوب تمويله بالقرض ومدى وجدواه الاقتصادية.

(٤) شحاده، موسى، بحث العقبات والصعوبات التي تحول بين البنوك الإسلامية والتنمية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢٧٢٤، يناير ٢٠٠٤، مجلد ٢٣، ص ٣٢. وانظر الأنواع الأخرى من: حسابات الأمانة - جارية وتحت الطلب - لاتشارك بالأرباح، وحسابات استثمار مشترك - مطلقة - وتقبل الودائع باعتبارها وحدة واحدة، وشريكة في الأرباح، والمحافظ الاستثمارية: أوعية ادخارية يقبل فيها المصرف المبالغ من أصحابها لإدارتها واستثمارها نيابة عنهم على أساس المضاربة الشرعية.

د) اندماج المضاربة والمراوحة في عقد واحد كصورة للمضاربة المقيدة؛ وذلك بأن يشترط رب المال على المضارب الشراء والبيع بأسلوب المراوحة بشرائطها الشرعية، وليس للمضارب أن يخالف وإلا ضمن، والميزة هنا بتحديد عناصر الثمن، أو ما قامت به السلعة، ومعلومية الربح، مما يبعث الطمأنينة في نفس رب المال^(٢).

خامساً: الآثار العملية المترتبة على مخالفة شروط رب المال التقييدية:

- الضابط عند الحنفية: [الغور في العقود من أسباب الضمان]^(٣).
 - وعند المالكية: [كل من خالف ما أمر به، أو نهي عنه، وكل من غر بالفعل ضمنه]^(٤).
 - وعند الشافعية: [كل من تعدى بالمال ضمن]^(٥).
- وجاء عندهم أيضاً [منفعة الأموال تضمن بالفوات، ومنفعة البضع تضمن بالتفويت]^(٦).
- وعند الحنابلة جاء الضابط [التعدي أبلغ من التفريط]^(٧).
- والضوابط بمجموعها تقرر وجوب استحقاق رب المال الضمان من المضارب إن هو خالف الأمر الذي جاء به مقتضى العقد، أو الذي قرره رب المال بشرطه.
- والمخالفة بناء على الضوابط؛ إما أن تكون بفعل ما نهي عنه كقول رب المال للمضارب: لا تبع في القرى وبع في المدن؛ فخالف الأمر، أو إن ترك ما أمره به؛ كقوله: احفظ المال في البنك فلم يفعل، أو دخل في عمل غير محسوب العواقب أو كان فيه تعرض مال المضاربة للخسارة كبيعه الصوف في الصيف، أو تعريضه للفوات كما لو ترك مال المضاربة بدون تسويقه حتى فات موسمه؛ ومنها أيضاً عدم تحديد مال المضاربة؛ فإذا توفي المضارب مجهلاً للمال فإنه يؤخذ من تركته^(٨). فالمضارب في ذلك وغيره من صور التجاوز أو التقصير وجب عليه ضمان المال لرب المال؛ والسبب في التضمن أن وصف المضارب بالمخالفة قد تغير من الوكيل الأمين إلى الغاصب^(٩).

(١) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ١٠٧.

(٢) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٨٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦.

(٤) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ٢٢٨.

(٥) الماوردي، الحاوي، ٣٤٠/٧.

(٦) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ٣٨٨/١.

(٧) ابن قدامة، المقنع، ١٥٨/٢.

(٨) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ١٠٧.

(٩) انظر صور المجاوزة: الدردير، الشرح الصغير، ٦٩٠/٣ - الماوردي، الحاوي، ٣٤١/٧.

وقرر الحنابلة أن ضرر التعدي — بما هو خروج عن مقتضى العقد — يفوق ضرر التقريط — بما هو تقصير في واجباته وحقوقه — غالباً؛ لأن في التعدي مناقضة قصد الشارع لأنه مرتب آثار العقد.

أما الآثار الحكمية التي رتبها الفقهاء على مخالفة المضارب للشروط، وحكم الضمان فيها:

١- عند الحنفية إذا تعدى المضارب بمخالفة الأمر أو النهي؛ فإن ربح المال وخسارته له وعليه؛ لأنه صار مضموناً عليه، وأصبح بحكم الغاصب والضابط فيه: [المضمونات يملكها الضامن مستنداً إلى وقت العقد]^(١)،

إلا أنهم في حكمهم هذا قرروا أن: [المودع متى عاد إلى الوفاق خرج عن الضمان]^(٢)، وعودته إلى التصرف بحسب الأمر الأول-العقد - لا تسقط عنه الضمان إن تصرف بالمال على غير المقتضى، لأن [الجزء يعتبر في الحكم بالكل]^(٣) بمعنى أن المضارب يضمن بقدر الجزء الذي خالف فيه ويعود العقد إلى حكمه بعوده موافقاً للأمر، لأن [الضرر يجبر بضمان النقص]^(٤).

٢- وعند المالكية كان الحكم في ما لو تعدى الشريك أنه يضمن مطلقاً، ويؤول الربح إلى رب المال على الصحيح، كما لو عرض المال للتلف أو الخطر، وذكروا مثلاً عليه: ما لو باع مال المضاربة في مكان لا جاه له فيه ولا حرمة — كما في مناطق الحروب مثلاً — فإنه يضمنه إن تلف^(٥)، وهو متعد في ما لو تصرف بالمال على غير مصلحة؛ كما لو تسلف من مال المضاربة ما ابتاع به سلعة، فيكون ربحها بينهما، والخسارة عليه^(٦)، والقاعدة عندهم إن [القراض بالممنوع يمضي بالعمل فيه، ويكون الربح لهما والخسر على المضارب]^(٧).

٣- وجاء الحكم عند الشافعية يتراوح بين تضمين العامل وبين إبطال عقده، فإذا تعدى المضارب وفعل ما لم يؤمر به؛ كما لو قال له: اتجر في الأقوات فاتجر في الحيوان، فإنه يضمن مال المضاربة، ويبطل عقده، وكذلك إن غرر بالمال بأن سافر به ولم يؤمر بالسفر، وبقي المال في يده نقوداً ضمنها، وبطل القراض لأنه صار كالغاصب^(٨)، أما إن سافر واشترى بالمال عروضاً مما أذن له فيها ضمنها، ولم يبطل العقد لاستقراره بالتصرف وشراء ما أذن له فيه، وضابط

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٢٠٤.

(٢) ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ١٥٤. وكان من تنمة حكم الضابط استثناء المستأجر؛ لأنه بانتفاعه بالمؤجر تنقص العين.

(٣) الغنيمة، للباب، ٨١/٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٢٥/٥.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٦) التسولي، البهجة، ٣٥٩/٢. ويؤكد هذا الحكم عند الحنفية مفهوم الضابط [الوكيل إذا أمسك مال الموكل وفعل بماله نفسه يكون

متعدياً]. انظر ابن نجيم، الفوائد الزينية، ص ١٥٨.

(٧) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥١٩/٣.

(٨) الماوردي، الحاوي، ٣٤١/٧.

بطلان العقد عندهم للمخالفة: [إن تعدى المضارب يبطل ما في المضاربة من الإذن فيبطل معه العقد، ما دام المال نقداً] (١).

٤- وعند الحنابلة إذا اشترى المضارب ما لم يؤذن له فيه، سواء كان قد اشتراه بعين المال أو في الذمة فإنه يضمنه (٢)، وقيل: ما اشتراه في الذمة يقع الشراء فيه للمضارب، معاملة له بنقيض مقصوده (٣)، والضابط عندهم: **الضابط: [إذا تعدى الشريك مطلقاً ضمن، والربح لرب المال على الصحيح]** (٤).

ومن المخالفات التي تناولها الفقهاء ما لو خرج المضارب عن حدود ما يملكه شرعاً؛ كما لو خالف المضارب ودفع المال مضاربة، أو خلطه، أو شارك فيه بغير إذن عند الشافعية، وبغير تفويض عام عند الجمهور.

وفرض المسألة: إذا أقام المضارب عقوداً متقابلة (٥)؛ بأن دفع مال المضاربة إلى آخر يضارب فيه، وتلف المال، فأبي المضاربين يضمنه، ومتى يجب ضمان المال؟ والجواب عليه بالضابط: **ضابط: [الضمان في مضاربة المضارب يجب بالإخراج، ويتقرر بالشراء]** (٦).

فالمضارب إن خالف ودفع المال مضاربة إلى غيره، فلا خلاف أنه مع المخالفة يضمن المال إن تلف، ولكن الخلاف عند الحنفية وقع في أي الأوقات يعتبر المضارب الأول مخالفاً؟ الحنفية في ذلك على ثلاثة أقوال (٧):

القول الأول: لا يضمن المضارب الأول بمجرد الدفع ولا بتصرف الثاني حتى يربح، فإن ربح ضمن الأول عند أبي حنيفة. وجه قوله: إن المضارب ما لم يربح فهو وكيل، والوكيل يملك إيداع المال (٨).

القول الثاني: يضمن المضارب الأول المال بمجرد العمل بالمال، ربح أو لم يربح، وذلك عند أبي يوسف (٩).

(١) الماوردي، الحاوي، ٧/ ٣٤١.

(٢) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٥٨ - المرداوي، الإنصاف، ٥/ ٣١٥.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٩.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ٥/ ٣١٥.

(٥) حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٥٩.

(٦) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٤.

(٧) المرجع السابق.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٩٦.

(٩) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١١.

القول الثالث: يضمن المضارب الأول بمجرد الدفع إلى المضارب الثاني، عمل هذا الأخير أو لم يعمل، وذلك عند زفر^(١)، أما المضارب الثاني؛ فإنه إن لم يكن يعلم بأمر المضارب الأول فإن له ما اشترط له لأن [الغرور في العقود من أسباب الضمان]^(٢) والعامل الثاني قد غرر به، فيثبت له ما اشترطه على الأول.

وكان الضابط في الضمان استخلص من الأقوال ما يحقق التوازن بين مصلحة رب المال من جهة، والمضاربيين من جهة أخرى.

وقبل أن أختتم هذا الباب أقول؛ إن المحاولات الفقهية كانت قديماً ومازالت تحاول الإنقاذ على فكرة عدم تضمين المضارب المال في الأحوال العادية حيث لا مخالفة تسجل عليه، لأن المال في يده أمانة، وإن الاعتماد على الوازع الديني، والثقة بالعميل لم تكن لتنجح دائماً في دفع المال إلى المضارب الأمين، فكانت الحيلة هي السبيل بدفع المال مضموناً عليه بعقد قرض ثم سلسلة من العقود المتابعة بين رب المال والعامل وصولاً إلى القراض المضمون^(٣)، وكذلك سمح المالكية في قول عندهم بتبرع المضارب بالضمان دون إلزام رب المال له^(٤). وحديثاً أصبحت المحاولات تقوم على فكرة تقديم المضارب رهناً إلى المصرف الذي يرغب في الاستثمار معه، على أن يكون الرهن ضماناً إن تعدى العامل، لا إن خسر المال بعمله^(٥).

ويمكن الاستفادة من الشرط الجزائي وفكرته في مطالبة المضارب بالتعويض عن التعدي أو التقصير؛ وفكرة الشرط هي الاتفاق بين الطرفين على جزاء محدد إن حصل إخلال بالالتزام؛ سواء بعدم تنفيذه أو التأخير فيه^(٦)، وكذلك يمكن القول بالحصول على كفيل مليء في حالة التعدي أو التقصير ومخالفة الشروط أو العرف التجاري، أو تعمد الخيانة والتزوير وما يتعلق بالجانب الأخلاقي، أو الحصول على الشيكات ونحوها مما يعتبر واجب الدفع فوراً بما يساوي رأس المال في حال الإخلال بالعقد وشروطه^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٦ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦ .

(٣) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ١٢٩ - الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣/٥ .

(٤) الصاوي، بهامش الشرح الصغير، ٦٨٧، ٦٨٨/٣ - التسولي، البهجة، ٣٥٨/٢ - الشنقيطي، إعداد المهج، ص ١٦٠ .

(٥) صديقي، محمد، قضايا معاصرة في البنوك والنقود، ص ٢٧٧ .

(٦) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٥١ .

(٧) قره داغي، علي، (٢٠٠٥)، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٢٤ (٢٨٤)، ص ٨ .

ومن الحلول التي اقترحت لإحياء صيغة المضاربة كنمط استثماري رئيسي بعد أن ضعف التعامل بها^(١)، لما في دفع المال إلى العميل المضارب من مخاطر ضياع المال، أو إنكاره أو سوء إدارته:

١- إخضاع مشروع المضارب إلى مراقبة الربح والخسارة حتى إذا تجاوزت الخسارة ربح رأس المال كانت مؤشراً على سوء الإدارة:

والحقيقة إن الخسارة لا تكون دائماً بسبب سوء الإدارة، بل قد تحدث بسبب كساد ما حصل، أو نقص في قيمة السلع لأسباب اقتصادية عامة لا يد للمضارب فيها، فلا يقال بمخالفته مقتضى عقد المضاربة وتغريمه.

٢- ومن الحلول كذلك تقسيم المشروع المستثمر فيه إلى مراحل، يقدر لكل مرحلة مبلغاً من المال، وتقيم نتائج العمل بعد كل مرحلة، وكأن المحاولة هنا مراقبة تدفق المال في يد المضارب. إلا أن الواقع يصطدم بما قرره الفقهاء من وجوب التخلية بين المضارب وبين المال، وتمكينه منه وإن كان المالكية يقررون أن التمكين لا يعني التسليم^(٢)، كما أن العمل في مراحل وعلى قطاعات قد يصلح في بعض الأنماط ولا يصلح في التجارة.

٣- ومن أوجه معالجة ضعف الثقة بأمانة العامل؛ بأن يتفق رب المال مع المضارب إن بلغ الربح الإجمالي لعمليات المضاربة حداً معيناً -ضعف رأس المال مثلاً- فإن للعامل ربع الربح، حتى إذا زاد عن الضعفين فللعامل نصفه، وكأنها مضاربة متزايدة.

والحقيقة أنه ليس هناك ما يمنع من تغيير نسبة الربح بعد الاتفاق عليها كحصة شائعة معلومة ابتداء عند العقد، ويمكن تخريج هذه الزيادة من باب الوعد بالجائزة^(٣).

٤- أن يكون التمويل بالمضاربة تمويلاً نسبياً؛ بحيث يقدم العامل جزءاً من رأس المال، فتصبح العملية مجموع عقدي مضاربة وشركة-شركة وجوه مثلاً-؛ بحيث يكون الضمان بمقدار حصة كل من الشريكين في ثمن المال الذي تم شراؤه، وإن هذا البعد يضيف على المضاربة مرونة وفعالية لما فيها من ضمان الطرفين للمال، فشركة وجوه المضاربة تعالج كثيراً من سوء تصرفات وسلوكيات المضارب^(٤).

(١) أبو زيد، محمد، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، ص ٦٤-٦٨

(٢) الرضاع، شرح حدود ابن عرفه، ٢/ ٥٠٠ - التسولي، البيهجة، ٢/ ٣٥٦.

(٣) أبو غدة، عبدالستار (٢٠٠٠)، بحث الاستثمار في الصكوك، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ١٩ (٢٢٤)، ص ٤٨.

(٤) البجلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٨٠.

ويؤكد هذه الفكرة ما جاء في قانون صكوك المضاربة السوداني: أن المضارب إذا اضطر لشراء بعض الصكوك لإكمال القيمة الإسمية للإصدار فيكون مضاربا وشريكا في آن واحد^(١). ولكن المحذور هنا هو ما قرره المالكية من منع الجمع بين عقدين يختلف موجب كل منهما^(٢)، إلا إن قلنا بأن الحكم هنا ليس من باب الجمع بين مختلفين، ولكن تحول في أحكام العقد لتغيير ظروفه.

٥- ومن التشريعات القانونية لعلاج مشكلة ضعف الثقة بطالب التمويل مضاربة-كفرد-، الفكرة التي اقترحتها الحكومة الباكستانية والتي تقوم على أساس إنشاء نظام لربط الودائع والسلف المصرفية^(٣)، وهي في ما أرى تسد ثغرتين:

(١) كشف صدق المضارب من كذبه إن هو تعامل بنظام الاقتراض الشرعي والربوي، وتحديد ملاءته المالية فعلا.

(٢) إن في الإشراف الحكومي على نظام الربط يسمح بتسديد قروض والتزامات العميل — المضارب — المتعثرة، أو في حالة مخالفته شروط المضاربة من خلال السحب من أماكن الإيداع إلى أماكن العجز من حساب العميل الواحد.

(١) قانون صكوك المضاربة السوداني، الأحكام التمهيدية، رقم ٢، النقطة ٨ / ٢ من الموقع الإلكتروني: www.sudanjudiciary.org

(٢) التسولي، البهجة، ١٤/٢ .

(٣) المالقي، عائشة، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ص ٣٩٨ .

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في المساقاة والمزارعة:

كان من ضرورات البحث في أحكام الشركة أن أعرج على الضوابط الفقهية في عقدي المساقاة والمزارعة بسبب ما غلب على هذه المعاملة من أنها (تتعقد إجارة في الابتداء، شركة في الانتهاء)^(١) والكلام هنا في عمومات العقدين وما اشتركا فيه مما له صلة بموضوع الشركة لأن [حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع، وفي جوازها ولزومها، وما يلزم العامل ورب الأرض]^(٢).

وأعرض هذا المبحث من خلال مطلبين رئيسيين؛ أتناول في الأول الضوابط المتعلقة بالعامل والعمل، وأتناول في الثاني الضوابط الفقهية في أحكام وشروط عقدي المساقاة والمزارعة.

المطلب الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بالعامل:

الضابط الأول :

[المساقى شريك أم أجير؟]^(٣)

ضابط [الفائدة التي تُستخلف مع بقاء أصلها تجري منفعة]^(٤)

والضابط وإن جاء بلفظ المساقى؛ إلا أنه يصدق على المزارع، ولكن لما نالت المساقاة من القبول الفقهي أكثر مما نالته المزارعة، جاء حكم الضابط بما غلب، ولأن العقد فيهما على العمل إما في شجر غيره مساقاة، أو في أرضه مزارعة.

وإختلف في توصيف عقد المزارعة - والمساقاة -:

- عند الحنفية في قول: إن المزارعة تتعقد إجارة ثم تنتم شركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل^(٥)، وقيل: بل إن المزارعة يغلب عليها أنها شركة بين المال والعمل، فيجوز اعتبارها

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٧/٦ - شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٤/٢

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٤٣/٥. والضابط في حقيقته توصيف عام لموضوع العقدين، إلا أن ثمة اختلافات تسجل بينهما:

أ- القياس أن المدة في المساقاة يلزم تحديدها، وفي الاستحسان تصح بدون ذكر المادة؛ لأن إدراك الثمر له وقت معلوم ويقع على أول ثمرة تخرج، أما في المزارعة فلا بد من بيان المدة.

ب- بعد العقد يلزم المساقى على العمل، وأما في المزارعة فلا يجبر صاحب البذر إن امتنع عن إلقاء البذر.

ج- إذا انتهت المدة في المساقاة يترك العامل بلا أجر إن ظهرت الثمرة ولم تكتمل، أما في المزارعة يبقى على أجره مثل حصته في الأرض انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٢/٦، ١٨٧ - السغدري، المنتف، ٥٤٩/٢ - الماوردي، الحاوي، ٣٤٢/٧.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٣٦٣/٧.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٧٤/٢٩.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٩/٦.

بالمضاربة^(١)، ولكن هذا الاعتبار ليس على إطلاقه؛ لأن من صور المزارعة الصحيحة أن يقدم أحد المتعاقدين الأرض، ويقدم الآخر العمل والبذر والآلة، وهذه الأخيرة من الأموال^(٢).

- وعند الملكية كان من آثار الاختلاف في توصيف عقد المزارعة؛ هل هي شركة عمل أم إجارة أن من غلب معنى الشركة قال بعدم لزومها بالعقد، واشترط فيها التكافؤ بين الشريكين في مدخلات الشركة- من الأرض أو الآلة-، ومخرجاتها- بأن يكون الربح على قدر المال والعمل-^(٣)، وكان من مفسدات الشركة عندهم إلغاء اعتبار أرض لها قيمة في حال تقديم أحدهما الأرض واشتركاها في الباقي؛ من البذر والعمل والآلة^(٤).

وأما من غلب معنى الإجارة، فقال: بلزومها، وأجازها على التفاضل^(٥)، خصوصاً إن عقداها بلفظ الإجارة أو أطلقاً؛ كأن يقول رب الأرض: اعمل بأرضي على النصف أو أن يقول له: أجرتك أرضي على النصف، فإن كان العمل من أحدهما، والأرض والبذر والآلة من الآخر فسدت المزارعة؛ لأنها وقعت إجارة بمجهول لما كان البذر من رب الأرض، بخلاف ما لو عقداها بلفظ الشركة فتصح^(٦).

ومن تطبيقات الضابط العملية في حكم الاختلاف في توصيف عقد المزارع - والمساقى -:

١- في المساقاة إن لم يعمل المساقى في الشجر حتى أثمر؛ كان له نصيبه من الثمر إن قلنا أنه شريك، ولا شيء له إن قلنا بأنه أجير، ولرب الأرض أن يأخذه جبراً بالعمل للزوم العقد^(٧).

٢- وعلى القول بوجوب تحديد مدة في المساقاة؛ فإذا انقضت المدة ولم يبد صلاح الثمرة بعد، فإن قلنا بأنه شريك كان له استبقاؤها إلى بدو الصلاح، وإن قلنا بأنه أجير كان عليه أن يأخذ حقه منها طلعاً أو بلحاً- إن كانت المساقاة على النخل كما قرر الشافعية -، لأنه بانتها المدة ينتهي عقده، ولا حق له بعده^(٨).

(١) المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٩ - وعند الملكية كانت المزارعة فصلاً من باب الشركة، الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٢/٣.

(٢) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ٤٦٣/٩.

(٣) القرافي، النخيرة، ٥١/٨.

(٤) الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٧/٣، ومع ذلك فإن الملكية سمحوا بالتصحيح ما أمكن، فقالوا: لو دفع لصاحب الأرض نصف أجرتها، واشتركا في ما سواهما صحت المزارعة.

(٥) القرافي، النخيرة، ٥١/٨، الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٧/٣.

(٦) الصاوي، بهامش الشرح الصغير، ٤٩٧/٣.

(٧) الماوردي، الحاوي، ٣٦٣/٧.

(٨) الماوردي، الحاوي، ٣٦٥/٧. الطلع هو: البروز، وفي النخلة هو الذي يكون في جوفه الكافور. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣/

٤١٩. والبلح: في اللغة هو فتور في الشيء وإعياء وقلة إحكام، وفي النخل هو حمل النخل مادام أخضراً. انظر: ابن فارس، معجم

مقاييس اللغة، ٢٩٧/١.

٣- لو أطلعت النخل بعد قبض العامل لها وقبل عمله فيها، استحق نصيبه من تلك الثمرة لحصولها في يده، ولو أطلعت قبل قبضه وتصرفه فيها؛ فإن قيل أنه أجبر لم يكن له من الثمرة نصيب لارتفاع يده، وإن قيل بأنه شريك استحق نصيبه من تلك الثمرة لأنها حدثت بعد العقد عن ملكهما، وعلى العامل أجره مثل ما استحق عليه من العمل^(١).

٤- وعلى معنى أنه أجبر؛ فإذا تأخرت الثمرة إلى ما بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل، فإن الحكم يتفاوت بين العقدين عند الحنفية؛ فإذا كان العمل في عقد مساقاة فإن العامل يترك بلا أجر؛ لأنه لا يجوز له أن يستأجر الشجر، وأما إن كان عمله في عقد مزارعة، وانقضت المدة فإن العامل يبقى على عمله مع دفعه أجره مثل الأرض من نصيبه^(٢). وعند الشافعية في قول لا حق للعامل في ما تأخر من الثمر بعد المدة^(٣)، ولكن عمله لا يستهلك بغير بدل فيحكم له بأجرة المثل، والضابط عندهم: [ما لزم من عقود المنافع تقدرت مدته كالإجارة]^(٤).

المطلب الثاني: الضوابط الفقهية في العمل:

لما كان موضوع العقد في المساقاة هو [العمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل] فإن كل ما خالف موضوعه في شيء يفسد معه العقد^(٥).

والضابط العام:

[ما تحتاج إليه الأرض في المعاملة لا يخلو من أن يكون عيناً أو عملاً، فإن كان عيناً فهو على رب الأرض، وإن كان عملاً فهو على العامل]^(٦).

والضابط مع عمومته؛ إلا أنه أساس عام ينطلق منه إلى تخصيص واجبات كل طرف في العقد، فهو يقرر توزيع التبعات والمسؤوليات على كل واحد من المتعاقدين في المزارعة والمساقاة بما يتناسب ورأس المال الذي قدمه، فلما كانت الأرض هي حصة المالك في العقد، كان من لوازم ذلك أن يتكفل بما تستلزمه الزراعة من أعيان لتحقيق العوض - الناتج -، ولما كانت حصة العامل هي العمل، فإنه مطالب بما يستلزمه العمل من أدوات أو دواب.

(١) الماوردي، الحاوي، ٣٦٥/٧.

(٢) الزيلي، تبيين الحقائق، ٥/٢٨٣، ٢٨٦ - شيخ زاده، مجمع الأثر، ٥٩٧/٢.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٣٦٢/٧. وفي قول ثان: الأصح أن الثمرة بينهما، لأنها حادثة على ملكهما في هذا العام.

(٤) المرجع السابق.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ٥٦٩/٣.

(٦) حمزه، الفرائد البهية، ص ١٢٤.

ويلحق بالعين [كل عين تلفت في العمل فتجديدها على المالك]^(١)، وما كان من العمل وأجرائه إن لزم فهو على العامل، ومن أنفق على ما لا يلزمه بلا إذن فمتبرع^(٢).
ويضطرنا الكلام هنا إلى تحديد تبعات كل طرف في عقد المزارعة خصوصاً، وأتناولها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الضوابط الفقهية في ماهية عمل المزارع والمساقى:

جاءت ضوابط العمل الذي يلزم العامل القيام به متقاربة في المذاهب الفقهية، وإن كان بعضها أكثر تفصيلاً في ما يلزم على الوجه التالي:

الضابط الأول:

- الضابط عند الحنفية: [كل عمل ينبت ويزيد في الخارج إن شرط في المزارعة لا يفسدها، وما لا ينبت ولا يزيد ليس من عملها]^(٣).

وعندهم أيضاً [كل عمل قبل الإدراك مما يحصل به الخارج - كالحفظ والسقي - على العامل، وما بعد القسمة - كالحصاد والحمل والطنح - فعليهما]^(٤).

- وعند الشافعية جاء الضابط [كل ما اطردت به عادة أو أجرى به شرط يلزم العامل القيام به]^(٥). وهو [ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل]^(٦).

- وجاء عندهم أيضاً، وعند الحنابلة: [على العامل كل ما تحتاج إليه الثمرة لزيادة أو إصلاح من عمل بشرط أن يتكرر كل سنة]^(٧).

والضوابط متفقة على أن ما يلزم العامل في الزراعة هو كل ما تقرر عرفاً أن يقوم به مما يحفظ به الثمر أو يزيده أو يصلحه، حتى إذا اشترط هذا المعهود من العمل، كان الشرط صحيحاً لأنه يوافق مقتضاه^(٨)، وذلك لأن المقصود بالنماء لا يحصل بدونه عادة. وجاء في بعض روايات ضابط الحنفية وإن لم يشرط العمل على العامل^(٩)، بمعنى أنها تثبت بمقتضى العقد.

(١) النووي، روضة الطالبين، ١٦٠/٥ - الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٤.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٦ / ٢.

(٣) البابرتي، العناية، ٤٧٧/٩ - ابن مودود، الاختيار، ٧٨/٣.

(٤) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٥/٢ - ابن مودود، الاختيار، ٧٨/٣.

(٥) الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٣.

(٦) الماوردي، الحاوي، ٣٧٠/٧.

(٧) النووي، روضة الطالبين، ١٥٨/٥ - المرادوي، الإصناف، ٣٥٣/٥.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٠/٦.

(٩) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٥ / ٢.

وجاء التحديد الزمني لفترة العمل المؤثرة بأن تكون الثمرة في طور نشأتها الأول أو على وشك — لأنها المرحلة الأضعف من عمر النبات، حتى إذا أهمل فسدت الثمرة غالباً. وعلق الشافعية والحنابلة على أمر ظاهري يُحكم من خلاله بارتباط العمل بالعامل من عدمه؛ وذلك بأن يكون أثر العمل مما لا يبقى أكثر من عام — وهي الفترة المعهودة في المساقاة — وكان العمل ارتبط بحاجة أساسية مؤقتة كما هي طبيعة عقد المساقاة، وأن يكون له أثر في صلاح الثمرة وسلامتها، وزيادة الإنتاج الزراعي.

ومما مثل به لهذه الأعمال؛ إصلاح ممر الماء، والتلقيح للنخل، والتعريض وتسوية الثمرة، والتعشيب^(١)، وفي المزارعة بتقليب الأرض بالمساحي وتقويتها بالسماد، وقطع ما يضر بالشجر والثمر مما يبس أو غيره^(٢).

ويلحق بهذا الضابط اليوم ما احتاج الشجر فيه إلى أدوية وعلاجات، ومواد عضوية وكيميائية لأن المطلوب من العامل هو حفظ الثمرة — وأول الحفظ بإيجادها —، ثم العمل على زيادتها كما ونوعاً.

ولقد قسم الشافعية عمل المساقى إلى ثلاثة أقسام^(٣):

- ١- قسم يجب عليه فعله بلا شرط؛ وهو ما لا تحصل الثمرة إلا به، كالتلقيح، والإبار^(٤).
- ٢- وقسم لا يجب عليه فعله إلا بالشرط؛ وهو كل ما فيه مستزاد الثمرة وقد تحصل بدونه؛ كتصريف الجريد^(٥).
- ٣- وقسم مختلف فيه؛ وهو كل ما تكاملت الثمرة به كالجداد^(٦)، وفيه وجهان؛ قيل: هو واجب بغير شرط، لأن الثمرة لا تستغني عنه، وقيل: لا يجب إلا بالشرط. وفائدة معرفة واجبات العامل والمدة المناسبة للعمل؛ هو أن في اشتراط صاحب الأرض على العامل عملاً يبقى أثره ومنفعته بعد المدة يفسدها^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٦/٦ — البهوتي، كشف القناع، ٥٧٢/٣.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ١٥٩/٥. والمساحي هي: المسح لغة؛ هو إمرار الشيء على الشيء بسطاً، والمعنى مائسج به الأرض لتبسيطها. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣٢٢/٥.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٣٧٠/٧.

(٤) الإبار أو التآبير هو: نخس الشيء بشيء محدد، وقيل: هو إلقاء النخل، أو علاج الزرع بما يصلحه. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣٥/١ — النسفي، طلبية الطلبة، ص ٢٧٦.

(٥) الجريد هو: سعف النخيل، سمي بذلك لأنه ظاهر مجرد لا يستره ساتر، انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤٥٢/١.

(٦) الجداد هو: القطع، انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤٠٦/١.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨١/٦.

ومن التطبيقات العملية:

تختلف مجموعة مسؤوليات العامل بحسب نوع المشروع: (١)

١- في مشاريع الحصاد المائي: يلزم العامل بحفر آبار الجمع، و جلب خزانات المياه وإنشاء البرك بإقامة حواجز ترابية أو اسمنتية بسيطة لتجميع المياه.

٢- في مشاريع الزراعة المحمية: على العامل توفير بيوت البلاستيك لحفظ ما يحتاج من النباتات لهذا النوع من الرعاية، كما يلزمه شق الأنفاق الصغيرة والممرات الزراعية .

ويلحق بعمل المزارع والمساقى مسألتان:

المسألة الأولى: هل يملك العامل أن يستتیب عنه من يقوم بالعمل الواجب عليه؟

والضابط فيه عند الشافعية: [المساقاة لما لزمتمك الاستنابة فيها، وأما المضاربة فإنها لما لم تلزم لم يملك الاستنابة فيها] (٢).

أما أن العامل له أن يستتیب عنه في ما لزمه من العمل؛ فإن الحكم يختلف بين تعلق العمل في ذمته بمعنى أن الواجب عليه هو مطلق العمل دون تحديد من يقوم به، أو أنه تعلق بعينه وشخصه لمعنى قصده صاحب الأرض والشجر؟

والمرجع في ذلك هو صيغة العقد؛ فإذا قال رب الشجر للعامل: اعمل برأيك جاز له يستتیب عنه في العمل غيره، وكان العمل قد تعلق بذمته، أما إن كان العمل قد تعلق بشخصه فإن العامل لا يملك أن يستتیب عنه أحداً إلا بإذن؛ لأن الدفع إلى غيره إثبات الشركة في المال بغير إذن صاحبه فلا يصح، حتى إذا دفعه إلى غيره بدون إذن لم يكن للعامل الأول شيء من الثمرة؛ لأن استحقاقه بالشرط ولم يوجد منه العمل (٣).

ولعل الفرق الذي لحظه الشافعية- بناء على الضابط-: هو أن العمل في المساقاة غالباً ما يكون أولياً، ولا يحتاج إلى المختص فيقال بجواز الاستنابة، أما في المضاربة فإن المقصود من العمل هو تنمية المال بالتجارة، بتخير أفضل السبل مع الاجتهاد في البحث، فكان في ملاحظة شخص المضارب مقصداً أراده رب المال.

(١) استفدت هذه الأمثلة من النماذج العملية التي تقدم مؤسسة الإقراض الزراعي الأردنية القروض من أجل توفيرها للمزارع، بقطع النظر عن شخص المقترض؛ العامل أو المالك.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٣٧٢/٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٦.

- ولأن تصرف العامل في المساقاة هو تصرف في حق نفسه للزوم العقد فملك الاستتابة في تصرفه، أما في المضاربة فهو يتصرف لمصلحة رب المال بشكل مباشر، ولمصلحته بالدرجة الثانية^(١).

- أضف إلى ذلك أن المال في المزارعة والمساقاة هو مما لا يُغاب عنه، فلم تكن لشخصية العامل كبير أهمية، بخلاف المال في المضاربة فهو مما يُغاب عنه.

المسألة الثانية: هل يملك رب الأرض أو الشجر أن يعمل مع المزارع أو المساقى؟

بمعنى هل يفسد العقد بعمل رب الأرض أو الشجر مع العامل كما في المضاربة، أم أنه يختلف عنها؟

والضابط فيه: [قضية المساقاة أن تكون الأعمال ومؤونها على العامل]^(٢)

وعليه جاء الضابط: [كل ما وجب على العامل فله استتجار المالك عليه]^(٣)

والجواب عن ذلك ممكن بعد تحديد مفهوم التخلية بين العامل والأرض؛ بأنها رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعاً^(٤)، وهي في المزارعة والمساقاة بتسليم الأرض يعمل فيها العامل وهي ظاهرة، فكان في عمل رب المال معه - بدون اشتراطه - من معاني المعاونة وليس من التحجير الممنوع^(٥)، حتى إذا شرط رب المال على العامل أن يعمل معه فسد العقد^(٦)، وذلك لمناقضة الشرط لمقتضى العقد.

بخلاف المضاربة فإن طبيعة عقدها تستوجب تسليم المال، وقطع علاقة رب المال به ليتمكن المضارب من تدويره بدون تسلط رب المال فاختلفا قصداً وحكماً.

من التطبيقات العملية: يمكن من خلال ضابط المسألة القول بتعديل عقود مستحقي الوقف من استحقاق تبرع، إلى استحقاق عمل؛ وذلك بأن يُزارع الموقوف عليه في الوقف، أو أن يُساقى شجر أرض الوقف إن كان من المثمر؛ تنمية للوقف وتأهيلاً للموقوف عليهم.

(١) الماوردي، الحاوي، ٣٦٣/٧.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٢٩/٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ١٦٠/٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٣/٦.

(٥) الماوردي، الحاوي، ٣٧٥/٧.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٢٩/٣.

الضابط الثاني:

[يجوز في توابع العقد ما لا يجوز أن يفرد بالعقد]^(١).

والأصل في هذا الضابط هو القاعدة الشرعية: [يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصدا]^(٢).

والضابط يعمل في باب المزارعة والمساقاة من جوانب عدة، أذكر منها:

- ١- ومن تطبيقات الضابط عند المالكية؛ جواز التبرع من أحدهما للآخر بالزيادة من عمل أو ربح بعد العقد لا قبله، حتى لا يدخل فيه على التفاوت^(٣).
- ٢- لما كان عمل المساقى في الشجر قد يستفيد منه البياض بين النخل، أجاز الشافعية للمساقى أن يلحق بعقد المساقاة عقد المزارعة على البياض - وهي في أصلها لا تصح منفردة عندهم -، واشتروا لذلك أن يكون المشروط للعامل في المزارعة التابعة كالمشروط له في المساقاة لأن التفاضل - التباين في النسب - يلغي التبعية^(٤).
- ٣- ليس كل ما صح دخوله في المساقاة تبعاً بالشرط، يدخل فيها تبعاً بغير شرط؛ كالثمرة المؤبرة - الملقحة - تتبع النخل بالشرط، ولا تدخل بدون الشرط^(٥).

الضابط الثالث:

[ما يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة، يكون قابلاً لعمل الزراعة]^(٦).

- وتفصيله: [الأصل أن المعاملة - المساقاة - متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة صحت، وإذا عقدت على ما تنهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل لا تصح]^(٧).

- والضابط: [مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة]^(٨).

الضابط يحدد الزمان المناسب لعقد المساقاة بأن يكون في مرحلة يحتاج النبات فيها إلى العمل، وإلا لم يكن للعمل من حاجة، وأصبح عقده عبثاً.

(١) الماوردي، الحاوي، ٣٦٦/٧.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٥٧.

(٣) الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٣/٣.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ١٧٠/٥.

(٥) الماوردي، الحاوي، ٣٦٧/٧.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٧/٦.

(٧) شيخ زاده، مجمع الأثر، ٥٩٧/٢.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٢/٦.

والضوابط بمجموعها تقرر الاحتكام إلى العرف في حال اختلاف رب الأرض والعامل بوقوع التقصير في العمل، كما ويحتكم إليه في ما يجب على المزارع أن يقوم به. والأصل -بحسب العرف- أن يقع العقد في مرحلة أولى من بروز أول الثمر، بحيث يكون لعمل المساقى دور في إنتاجها، لأن عمله هو المعقود عليه من جهته - فلا بد أن يكون مما يؤثر بشكل مباشر في إيجادها.

وترتب على ذلك أن المزارع في المزارعة إن ترك الشجر ليسقيه ماء السماء؛ فإن كان الزرع يكتفي به ويخرج معتاداً فإن المزارع لا يُجبر على السقي وإن كان ثمره مع السقي أجود، فإن كان لا يكتفي به فإنه يُجبر عليه^(١).

وكان الفيصل في ذلك -بحسب العرف- هو بيئة الزرع؛ فإن كانت من البيئات المطرية والتي لا ينقطع خيرها فإن يصح تركها، وإلا كان الترك من الإهمال الذي يستوجب المساءلة والإجبار لأن العقد لا يقبل الفسخ، ولأن المزارع يتخير ما فيه صلاح الشجر والثمر لأن له حصة فيه. الفرع الثاني: ضوابط عمل المالك في المزارعة والمساقاة:

الضابط الأول :

[ما لا يتكرر كل سنة، ويقصد به حفظ الأصول فمن وظيفة المالك]^(٢).

وما لا يتكرر كل سنة هو من الثابت كبناء الحيطان وإقامة جدران المزرعة، فهو في واقعه من رأس المال؛ كما المال في المضاربة وفيها يرد إلى رب المال عند تصفية المضاربة وانتهائها، وهنا يبقى له فكان عليه.

ولما كان قوام هذه العقود هو تحقيق التوازن بين أطراف العقد ابتداء وانتهاء؛ فإن ما لا يتكرر كل سنة يبقى أثره بعد الفراغ من العمل، وكان في تكليف العامل فيه إجحافاً، لأنه شرط زائد لمنفعة رب الأرض، ويبقى بعد قسمة الربح فلا يصح، بل ويفسد العقد باشتراطه^(٣).

التطبيقات العملية:

وهي هنا أيضاً تختلف بحسب نوع المشروع :

- ١- في مشاريع الزراعة المحمية: يلزم المالك إقامة البيوت الزجاجية .
- ٢- وفي مشاريع أنظمة الري وملحقاتها: على مالك الأرض إقامة شبكات الري، أو دفع كلفة إقامتها، ويلزمه مؤنة توفير الرشاشات بأنواعها، أو إقامة محطات التحلية.

(١) النووي، روضة الطالبين، ١٥٨ / ٥ .

(٢) النووي، روضة الطالبين، ١٥٩ / ٥ - الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٣ .

(٣) البابرّي، العناية على الهداية، ٤٧٧ / ٩ - عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٧٦ - البهوتي، كشاف القناع، ٣ / ٥٧٦ .

- ٣- شراء المعدات والآلات؛ من الحصادات، ومضخات المياه ويلزمه أجره صيانتاتها.
- ٤- شراء سيارات نقل المنتوجات الزراعية والشاحنات المبردة، وصهاريج نقل المياه.
- ٥- شراء حيوانات الجر، والحراثة في المناطق الجبلية.
- ٦- مشاريع حفظ التربة من الانجراف، وبناء الجدران الاستنادية والمحيطية والأسلاك الشائكة.

الفرع الثالث: ضوابط الأعمال المشتركة:

الضابط :

[كل عمل بعد تنامي الزرع وإدراكه وجفافه وقبل قسمة الحب مما يحتاج إليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج]^(١).

ضابط [وكل عمل يكون بعد القسمة وما يحتاج إليه من إحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه]^(٢).

والضابط يقرر انتهاء عمل العامل بتمام نضج الثمرة وصلاحيتها للقطف أو الحصاد، وأن مؤنة تخلص حق كل واح منهما هي عليه بحسب ما اتفق عليه من نسبة في الناتج؛ فإذا اتفق العامل ورب الأرض على استئجار من يحصد لهم؛ كان الواجب من الأجرة على كل واحد منهما بحسب حصته من النصف أو الثلث والثلثين.

وتعليقه هو تميز ملك كل واحد منهما، وأن اللازم عليه هو مؤنة ملكه، فلا يلزم أحدا غيره، فما كان من أجره حصاد أو تدرية أو رفاع فعليهما بالحصص حتى إذا شرط شيء من ذلك على أحدهما فسد العقد^(٣).

إلا أن أبا يوسف من الحنفية، وابن القاسم من المالكية قالوا بجواز أن يشترط رب الأرض على العامل الحصاد وما يتبعه من الأعمال لتعامل الناس بها^(٤).

وكان عرف الناس في المزارعة معتبر في كثير من أحكامها؛ لأن المناط في الحكم هو التعاون بين رب الأرض والعامل وصولاً إلى الثمرة، ومن متمات ذلك الاستمرار في العمل حتى نهايته دون تشاح.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٠/٦ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣١٥ - البيهوتي، كشف القناع، ٥٧٢/٣.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٥/٢.

(٣) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٥/٢، وهو قول عند المالكية؛ انظر: الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٦/٣.

ويقصد بالحصاد: قطع الشيء، ومعناه أن يجمع المزارع زرعه. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٧١/٢ - النسخ، طلبه الطلبة، ص: ١١٨.

والتدرية: الذر هو اللطافة والانتشار، والمعنى هنا تخلص الحب من القشر. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣٤٣/٢.

والرفاع هو حمل الزرع بعد الحصاد إلى البيدر، يقال هذه أيام الرفاع. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٤٢٤/٢.

(٤) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٥/٢ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣١٤ - الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٦/٣.

أما إن شرط الحصاد على رب الأرض فيفسد العقد؛ لعدم التعامل به^(١).

ومن تطبيقات الضابط العملية:

- ١- إقامة مشاريع تصنيع المنتجات والمستلزمات الزراعية بشقيها النباتي والحيواني.
- ٢- تمويل مشاريع التسويق والصادرات الزراعية.

المطلب الثالث: الضوابط الفقهية في أحكام وشروط عقدي المزارعة والمساقاة:

وأعرض في هذا المطلب طائفة من الضوابط الفقهية تلم شتات أحكام هذا العقد، وتكتمل معها صورته.

الضابط الأول:

[لزوم الضرر يُضاف إلى التزامه]^(٢).

والمعنى في هذا الضابط هو أن عقد المزارعة لما كان على أمر مستقبلي-لا احتمال حصول الشجر المثمر وعدم حصوله-، مع ما انضم إلى هذا الغرر من أن الأجرة مجهولة، كان من ضرورات سلامة العمل تحديد جملة من الشروط تضمن تقييد الإطلاق الذي وقع في هذا العقد، وذلك ليكون ما ينتج عنه من آثار، محل التزام العاقد.

- وأول هذه المحددات؛ بيان ما يُزرع في الأرض، لاختلاف القصد والمنفعة باختلاف المزروع^(٣).

- ثم أن يذكر في العقد نسبة الخارج من المزروع بينهما، وأن تكون الحصة من كل الخارج؛ وذلك لأن في ترك التقدير جهالة، وهي هنا مما يؤدي إلى المنازعة لأنها في مقصود العقد، حتى إذا تركت بدون ذكر فسد العقد.

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٩٥/٢ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣١٤ - النووي، روضة الطالبين، ١٥٨/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٧/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٧/٦.

الضابط الثاني:

[ما جازت مؤجرته عليه، جازت مزارعته]^(١)

[كل ما يمنع التخلية يمنع صحة المزارعة]^(٢)

والضابط يعرض لوحد من شروط صحة عقد المزارعة؛ بأن تكون الأرض المزروعة صالحة ابتداء للزراعة، حتى إذا كانت سبخة أو نزة لم يجز العقد عليها^(٣). والسبب في المنع بناء على حكم الضابط:

أن الأرض المعقود عليها إن كانت غير صالحة ابتداء لأن يعمل فيها المزارع حالاً، بأن احتاجت إلى تهيئة وإعداد - قبل إلقاء البذر - مما لا يلزم في عقد المزارعة فإنها تفسد، وكان عدم جاهزيتها لأن يبدأ العامل بالزراعة مما يقطع تمكينه، ويمنعه من مباشرة العمل وهو ما يعد من موانع التخلية.

والمنع هنا أراه كالمنع من المضاربة في العروض ك رأس مال، لما في المضاربة بها من زيادة جهد على العامل مما لا يقتضيه العقد؛ من بيع العروض ثم المضاربة بثمنها، حتى أن المالكية قرروا للمضارب بالعروض الأجرة على بيعها، ثم قراض المثل في عمله بها^(٤).

ولأن الأرض في المزارعة إن كانت غير صالحة لمباشرة العمل بها؛ أضفنا إلى ما في العقد من الغرر ما يزيد فيه، لأن العامل قد لا يسلم له قصده إن لم تُجد عمليات التهيئة نفعاً، وقد ينفق في عمله بإعداد الأرض ما لا يعود له، فكانت من زيادة الغرر في العقد فتمنع.

ومن التطبيقات العملية :

- الأرض في المزارعة إن كانت المزارع قد استأجرها، فإنه يفترض للقول بصحة التخلية أن لا تكون المدة في عقد المساقاة أطول منها في عقد الإيجار لأنها في واقع الحال تقطع التخلية^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٨/٦.

(٢) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٤٣٦ ص ٧٦٢.

(٣) الأرض السبخة: في اللغة السبخ هو خفة الشيء، أو الفراغ لأن الفراغ خفيف، والمعنى أنها غير صالحة لنمو النبات. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٣/ ١٢٦. و الأرض النزة هي: الخلاء التي ليس بها شيء، ومكان نزيه هو ما ليس فيه أحد. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٥/ ٤١٧-٤١٨.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٥١٩.

(٥) قست هذا التطبيق على ما تقرر من قوانين مؤسسة الإقراض الزراعي؛ في حالة كون المشروع مستأجر يراعى أن لا يتجاوز أجل التمويل مدة عقد الإيجار. انظر أسس وقواعد الإقراض الزراعي المعدلة لعام ٢٠٠٧.

الضابط الثالث:

[الأوصاف لا قسط لها من العوض]^(١)

والضابط في حقيقته نتيجة لما يصح العقد عليه في المزارعة، بمعنى ما يكون حصة العاقد فيها- رأس ماله-، والأصل في المعقود عليه أن يكون مقصوداً، من حيث أنها إجارة أحد أمرين؛ إما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل، أو منفعة العامل؛ بأن يكون البذر من صاحب الأرض، أما الآلة أو الدواب التي يُستعان بها في العقد؛ فإن حصلت فهي تابعة للعقد، وإلا بأن جعلت مقصودة فسد^(٢).

وأما كيفية تحديد اعتبار المعقود عليه تابعاً أو أصلياً في العقد، فإن معنى التبعية يتحقق في الجنس المتفق في المنفعة^(٣)، فمنفعة عمل الدواب من جنس منفعة عمل العامل، وليست من جنس منفعة الأرض، وهكذا في تحديد ما يصح اجتماعه في المزارعة وما يقابله، وما لا يصح.

فإذا كان البذر من جانب رب الأرض، والبقر والآلة والعمل من العامل صح العقد؛ لأن الأرض كمعقود عليه مقصود قابلها العمل كمعقود عليه ومقصود، أما التوابع فلا يقابلها شيء من الأجرة. وما كان من التوابع كان جارياً مجرى الصفة للعمل؛ بمعنى أن جودة في العمل قد تحققت، فالأوصاف - باعتبارها تابعة - لا يحسب لها قسط من الثمن - الربح - عادة^(٤).

وبناء عليه؛ لا تصح المزارعة إن قدم أحد المتعاقدين الأرض والبقر والعمل، وقدم الآخر البذر؛ لأن منفعة العمل لا تصلح تابعة لمنفعة الأرض، بل هي مقصودة مستقلة، فيفسد العقد عند جمهور الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)؛ لأن الأجرة في المزارعة معدومة، وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر بالجواز على المحل الذي ورد النص فيه.

وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى القول بصحة العقد؛ لأن ما جاز استئجاره عند الانفراد، يصح عند الاجتماع^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٩/٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٩/٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٩/٦.

(٥) المرجع السابق.

(٦) الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٤/٣. وعند المالكية كان سبب القول بفساد العقد هو كراء - استئجار - الأرض بـ ممنوع؛ وهو البذر

من أحدهما والأرض من الآخر.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٩/٦.

إلا أن جمهور الحنفية قالوا بالحيلة لتصحيح هذا الوضع الفاسد؛ بأن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها أن يعمل معه فتصح^(١)، لأن العمل هنا وقع إعانة غير مقابلة بثمن.

وكان فائدة هذا الضابط تظهر في تحديد ما يصلح اجتماعه من مدخلات العمل الزراعي، والغاية منه تحقيق العدالة في التوزيع بناء على تحققها في موضوع المشاركة في المزارعة. ومن تطبيقات الضابط العملية:

- تجربة المزارعة في المصارف الزراعية السودانية، بحيث يقدم المصرف آليات العمل ومدخلات الزراعة، ويقدم المزارع الأرض والعمل^(٢).

والمثال بناء على ما استقر من حكم الضابط يعتبر مخالفة لأصول المشاركة مزارعة، لكن التوضيح يظهر بأن الآلة هنا ليست من نوع الآلات البدائية من الفأس والمنجل، بل إن الحديث عن رأس مال ضخم في صورة آلات، وأن المدخلات الزراعية لا تقف عند بساطة البذور بل تمتد لتشمل الأسمدة والكيماويات المصنعة وما تستلزمه من ثمن.

وكان العرف هو الذي يحكم باعتبار المدخل مقصود من العمل أم أنه ثانوي تبعية، الأمر الذي قرر معه الملكية ضبط الأرض مثلاً بأن كانت ذات بال - قيمة - أم أنها غير ذات بال؛ وذلك لتحديد أثر وجودها في طرف العقد، وهل هو مصحح له أم مفسد لانعدام المساواة والتكافؤ^(٣).

الضابط الرابع:

[كل من لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر]^(٤)

والضابط يتناول الأعدار التي يُفسخ بها عقد المساقاة - عند من قال بلزومه -، وهي من باب أن المشقة لا تشرع، خصوصاً في عقود الإرفاق.

والأعدار التي ذكرها الفقهاء في المساقاة هي:

(أ) الدين يلحق رب الأرض يحتاج معه أن يبيع الأرض؛ وينظر هنا إن كان الزرع صغيراً ولم يبلغ مبلغ الحصاد، فلا تُباع الأرض بالدين ولا يفسخ حتى يدرك الزرع^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٩/٦.

(٢) علي، أحمد، ندوة صيغ تمويل التنمية في الإسلام، بحث صيغ الاستثمار الزراعي في النظام المصرفي السوداني، ص ١١١.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٧٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٣/٦.

(٥) المرجع السابق.

وهو لا يكون عذراً يفسخ به العقد تلقائياً؛ ولكن بعد الرفع إلى القضاء للموازنة بين المضار والمنافع، وبعد التحقق من صدق الدعوى، وكان الضابط الذي يحكم هذه الحالة هو أن [التأخير أهون من الإبطال]^(١) رعاية لحق الجانبين.

ب) ومن الأعدار كذلك؛ عجز العامل الحسي - بالمرض - ، أو المعنوي - بالسفر - ، والمقصود بالمرض هنا هو ما يعجز العامل عن القيام بما وجب عليه بمقتضى العقد وذلك في حال كان العقد قد تعلق بعينه، أما إن تعلق بذمته؛ فإن له أن يستأجر من يقوم بالعمل عنه، فإذا لم يجد فُسخ العقد؛ لأن تشريع ما لا يطاق ممنوع في الشرع.

الضابط الخامس:

[أي المتعاقدين أنفق بغير إذن الآخر ولا أمر قاض فهو متبرع]^(٢)

وتعليل الضابط أن الشركة بين المالك والعامل بعد ظهور الزرع أصبحت شركة ملك، وفي هذه الشركة لا يملك أحد الشركاء أن ينفق على الزرع - المال المشترك - إلا بإذن، لأنه أجنبي في نصيب شريكه، حتى إذا تضرر أحدهما من عدم الإنفاق، ولم يرض الشريك الآخر بالإنفاق رفع المتضرر الأمر إلى القاضي حتى يُجبر الممتنع منهما، وإلا فمن أنفق منهما بغير ذلك كان متبرعاً. وعليه فإن ما يجب على الأرض من ضريبة أو خراج، فهي على المالك، أما إن كانت على المحصول فالأصل أنها على كل واحد منهما بحسب نصيبه، وقد يحكم فيها بحسب ما جرى به العرف، ما لم يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر عند العقد^(٣).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٣/٦.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأثر، ٥٩٦/٢.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ٥٦٥/٣.

الفصل الثالث: الضوابط الفقهية المتعلقة بالربح والخسارة:

المبحث الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بالربح:

المطلب الأول: ضوابط عامة بالربح.

المطلب الثاني: ضوابط الربح الخاصة ببعض الشركات:

الفرع الأول: ضوابط الربح في الشركة الفاسدة

الفرع الثاني: ضوابط الربح في شركة الأعمال

الفرع الثالث: ضوابط الربح في شركة الوجوه

الفرع الرابع: ضوابط الربح في شركة المضاربة

الفرع الخامس: ضوابط الربح في المزارعة

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية المتعلقة بالخسارة:

المطلب الأول: ضوابط عامة في الخسارة

المطلب الثاني: ضوابط الخسارة الخاصة ببعض الشركات:

الفرع الأول: ضوابط الخسارة في شركة الأعمال

الفرع الثاني: ضوابط الخسارة في شركة الوجوه

الفرع الثالث: الضمان في الشركة والمضاربة

الفصل الثالث: الضوابط الفقهية المتعلقة بالربح والخسارة:

المبحث الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بالربح:

ويعرض هذا الفصل لمحور عمل الشركة، وغايتها الأولى من تحقيق الربح، وكأن ما فات من الأحكام والشروط إنما هو توطئة للوصول إلى هذه النتيجة.

واختلفت تعريفات الربح بين المفهوم الشرعي والمفهوم المعاصر للشركات؛ وإن كان الجميع متفق ضمناً على أن الربح هو الفاضل من الإيرادات عن رأس المال^(١)، وعليه تكون الخسارة بالمفهوم المخالف: هي النقص في رأس المال.

وعند المعاصرين - من القانونيين - (الربح هو كسب نقدي أو مادي يضاف إلى ثروات الشركاء)^(٢). أو هو الزيادة على رأس المال سواء كان في قيمة العروض بدون بيعها، أو تحقق فعلاً بعد تصفية النشاط التجاري^(٣).

ووسع بعضهم دائرة الربح حتى شملت أي مكسب مادي أو نقدي فيه زيادة حقيقية للشركاء أو تخفيف أعباء عنهم بمعنى (أن الربح هو كل مزية تعود على الشخص المعني وتكون مما يقدر بالمال، ويستوى بعد ذلك أن تكون المزية إيجابية؛ تزيد من ذمم الشركاء وتضاف إليها، أو ذات طبيعة سلبية يقتصر أثرها على تخفيف بعض العبء عليهم أو دفع ضرر عنهم)^(٤). وعليه فإن قيام شركة الإنشاءات ومقاولات البناء بتوزيع الأرباح على الشركاء بصورة شقة- معلومة القيمة - لكل مشارك - على فرض محدوديتهم - يتوافق مع ما تقرر في التعريف. والفقهاء عموماً متفقون على وجوب إعلام قدر الربح عند العقد، وأن يكون حصة شائعة^(٥).

(١) ابن قدامة، المغني، ٣٣/٥ - قانون صكوك التمويل السوداني لسنة ١٩٩٥، الفصل الأول، المادة ٢. عن موقع

www.sudanjudiciary.org

(٢) ناصيف، الأحكام العامة للشركة، ص ٤٢.

(٣) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٢١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٥/٦ - القرافي، الذخيرة، ٦٨/٨ - الشريبي، معني المحتاج، ٢٢٨/٣، المرادوي، الإنصاف،

المطلب الأول: ضوابط عامة بالربح:

الضابط الأول :

[استحقاق الربح يكون تارة بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان]^(١).

وفي المضاربة: [استحقاق الربح يكون بالمال أو بالعمل]^(٢).

والضابط يبين الأسباب العامة التي يثبت بها حق الاشتراك بالربح في الشركة، وهي في حقيقتها أمران إما بتقديم حصة مالية، أو حصة من العمل، وهما ما صدق عليهما موضوع الشركة في المضاربة.

وأما الضمان كسبب ثالث من أسباب الاستحقاق؛ فهو ليس ضماناً مجرداً، ولكن إما أن يكون ضمان مال كضمان ثمن المشتري في شركة الوجوه، أو ضمان عمل كما في التقبل في شركة الأعمال؛ بمعنى أن التزام الشريك بأداء ثمن ما اشترى نسيئة، أو الالتزام بأداء العمل بنفسه أو بغيره، يخولّه شرعاً أن يقاسم في الربح.

ويؤكد الحنفية هنا على أن مناط الاشتراك في الربح بأسبابه الثلاثة؛ هو أن يسبق العمل في الشركة عقد يسوغ للمتشاركين قسمة الربح بينهم^(٣).

إلا أن استحقاق الربح في الشركة بالمال لا يكون لذات المال؛ ولكنه نظير الاستعداد المتمثل في تخصيص مبلغ من المال للمشاركة باعتباره موضوعاً تحت تصرف الشريكين لهذه الغاية^(٤)، حتى إذا اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حده، فإنهما يشتركان في الربح عند الحنفية^(٥)، وهو المبدأ الذي يُعمل به في استحقاق الربح في شركة الوجوه.

ومن تطبيقات الضابط العملية:

١- في شركة الوجوه لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المُشترى، لأن الذي يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال، ولا عمل، ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح، يكون من ربح ما لم يضمن، وهو ممنوع^(٦).

٢- وفي المضاربة إن دفع المضارب المال مضاربة إلى آخر بدون إذن رب المال، وريح المال؛ فالربح لمالكه ولا شيء للمضارب الأول، لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل^(٧). وأما

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٢ - الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٤٧، ص ٧١٨ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/٢٩ .

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق، ٣ / ٣١٨ .

(٤) حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٤١٣ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٠ .

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٦ .

(٧) ابن قدامة، المغني، ٥/٢٩ .

المضارب الثاني، فقيل في رواية عند أحمد أن لا شيء له، لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه أو شرطه، فلم يستحق ما شرطه له غيره^(١).

- ولكن الواقع هو توسع العلاقة بين رب المال والعامل وشمولها كذلك للوسيط والذي يقوم بدور المنظم وضرورة استحقاقه الربح على ذلك- كما رأى حمود- ليس على إطلاقه؛ والحل هو أن يرتبط دوره كوسيط- على فرض خلوه من المال- بعمل فني، أو تنظيمي، أو تسويقي أو غيره، أو أن يكون له دور بضمان العمل^(٢).

٣- في المزارعة إنما يستحق الربح بالمال المؤثر في تحقيق الكسب- الأرض- أو بالعمل النافع. ٤- الأصل أن تتساوى حصص الأموال جميعاً عند توزيع الربح، سواء تم تقديمها من أصحاب الودائع- المستثمرون-، أو من المساهمين مادامت لا تتضمن عنصر العمل^(٣). ٥- يتأثر توزيع الربح في المصارف الإسلامية بعوامل عدة؛ من حجم المال، والفترة الزمنية التي لبقاء المال تحت تصرف المصرف، ثم الظروف الاقتصادية التي يتأثر بها المصرف على المستوى الخاص به كمصرف- المخصصات- وعلى المستوى العام- قوانين الاستثمار في الدولة- الاحتياطات^(٤).

الضابط الثاني:

ضابط: [كل شرط يقطع الشركة في الربح تفسد به الشركة]^(٥) والمضاربة، والمزارعة^(٦).

والضابط: [كل شرط يوجب جهالة في الربح، تفسد به الشركة]^(٧) والمضاربة^(٨).

- وعند الحنابلة جاء الضابط: [كل ما أدى إلى قطع الشركة في الربح، فهو باطل] ولا يعتبر^(٩). والدليل عليه: ما روى عن رافع بن خديج أنه قال: "كنا من أكثر الأنصار حقلاً، فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا"^(١٠).

(١) ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥.

(٢) حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ١٢٠.

(٣) الأبجي، كوتر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٦٧.

(٤) المرجع السابق، ص ٧٦، ١١١.

(٥) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/٣١٩ - شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/٣٣٩.

(٦) ابن مودود الموصلي، الاختيار في تعليل المختار، ٣/٧٥.

(٧) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤١١، ص ٧٤٧.

(٨) ابن مودود الموصلي، الاختيار في تعليل المختار، ٣/٢٠.

(٩) البهوتي، كشف القناع، ٣/٥٣٤.

(١٠) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المزارعة، باب ما يكره من الشروط في المزارعة، ح (٢٢٠٧)، ٢/٨٢١.

وجه الدلالة في الحديث الشريف: إن الدخول في عقود المشاركة على جهالة الربح ممنوع شرعا لما فيه من الضرر على أحد أطراف العقد، وأن الأجرة المحددة سلفا هي الأعدل والأولى قطعاً للنزاع.

والجهالة هي: اعتقاد المرء على خلاف ما هو عليه في نفس الأمر^(١) وقيل: هو ما علم حصوله وجهلت صفتة^(٢).

والضوابط في حقيقتها تجتمع على أن مخالفة مقتضى عقد الشركة بمنع الاشتراك في الربح، بأي وسيلة كانت، سواء بالشرط، أو بالعمل، أو بتحديد المال، فإنه يعود على العقد بالإبطال عند الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وتعليه كما جاء في النهي الوارد في الحديث هو احتمال أن الربح إن شرط بدنانير معينة أن لا يحصل غيره، فيستأثر أحدهما به، أو أن لا يربح ما اشترطه له فيأخذ من رأس المال، وقد يكثر الربح فيستتر من شرطت له المبالغ المقطوعة^(٥).

ولأن ما قام من العقود على اعتبار العمل حصة في الشركة - كشركة الأعمال والمضاربة والمزارعة - يفترض به أن تكون حصة العامل فيه معلومة بالأجزاء لما جهلت بالمقدار وإلا فسد العقد، لأن العامل فيها كان دافعه السعي إلى تكثير الربح بالاجتهاد في العمل، حتى إذا تحددت له دنانير معينة خرج عقد الشركة عن غايته، وكان القول بالعمل بالأجرة أحوط وأعدل.

وأمر آخر تجدر ملاحظته؛ وهو إذا شرط أحدهما ما يقطع الشركة في الخارج في المزارعة مثلا، فإن العقد يفسد، وتبقى إجارة محضة والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم^(٦).

والضابط بصيغته المختلفة جاء بصيغة العموم - كل -، وعند المالكية جاء المنع من اشتراط شيء ينفرد به أحد الشركاء^(٧)، وكان العبرة ليست في كم المشروط وماهيته، وإنما في أصل الاشتراط وما فيه من استئثار أحدهما بالربح.

(١) الزركشي، البحر المحيط، ١/ ٧٢.

(٢) القرافي، الفروق، ٣/ ٢٢١.

(٣) ابن مودود، الاختيار في تعليل المختار، ٣/ ٧٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٣.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرغيناني، الهداية، ٩/ ٤٦٥، ٤٧٠.

(٧) التسولي، البيهجة، ٢/ ٣٥٩.

ومن تطبيقات الضابط العملية:

(أ) في المضاربة:

- ١- لو اشترط رب المال على المضارب أن يدفع إليه أرضه ليزرعها تفسد المضاربة؛ لأنه جعل بعض الربح عوضاً عن عمله، وبعضه أجره أرضه، فوَقعت الجهالة بالمشروط ربحاً^(١).
- ٢- علل الحنابلة المنع من النفقة للمضارب في السفر؛ بأن النفقة تحسب من الربح، فإذا أوجبنا النفقة للعامل فقد يفضي الأمر بنا إلى أن يختص العامل بالربح، ويقطع الشركة فيه^(٢).
- ٣- لو قال رب المال للعامل: لك ربح نصفه لم يجز عند الشافعي^(٣)، وأحمد^(٤)؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين ولا يربح في غيره، فيختص أحدهما بالربح^(٥)، وعند أبي حنيفة المضاربة صحيحة؛ لأن المضارب يستحق بالشرط، وقول رب المال لك ربح نصفه على الشيوخ، كقوله: لك نصف ربحه^(٦).
- ٤- منع المالكية أن يقع مع عقد القراض شرط سلف، أو بيع، أو إجازة، أو شرط قضاء حاجة، إلا أن يسقط الشرط قبل العمل؛ لئلا يقع في جهالة الربح^(٧).

(ب) في المزارعة:

- ١- لا يصح أن يشترط أحد المتعاقدين في المزارعة كيلاً محدداً من الناتج أو ما يخرج من جهة محددة من الأرض، أو أن يشترط رب البذر رفع البذر أولاً قبل القسمة^(٨).
- ٢- إن اتفق الطرفان على رفع ضريبة الأرض أولاً ثم اقتسام الباقي؛ فإن كانت الضريبة مبلغاً مقطوعاً فسدت المزارعة، أما إن كانت الضريبة نسبة شائعة من الناتج - كخراج المقاسمة - صحت؛ لأن الربح يبقى شائعاً ومعلوماً بعد إخراجها^(٩).

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٥٥/٥ - شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٠٩/٢ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢١/٣. وعند محمد من الحنفية يفسد الشرط لأنه ألحق بالمضاربة شرطا فاسدا لا تقتضيه فيبطل الشرط. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٦/٦.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٥/٥.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٤/٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٢٥/٥.

(٥) المرجع السابق.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٥/٦.

(٧) التسولي، البهجة، ٣٥٩/٢. والحق أن المنع أكبر من قطع الشركة في الربح؛ لأن المالكية قدروا كمبدأ عام المنع من اجتماع عقدين في عقد إن تنافيا في الحكم. انظر تفصيل علل منع الاجتماع في العقود: التسولي، البهجة، ١٤-١٥.

(٨) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٣/٦ - البهوتي، كشاف القناع، ٥٧٦/٣.

(٩) الماوردي، الحاوي، ٣٦٩/٧.

٣- لو سميا مدة في المساقاة يعلم أن الثمر لا يخرج في تلك المدة، فسدت المساقاة لفوات المقصود من الشركة في الناتج- الثمر-(١).

٤- لو قال رب الأرض للمزارع: إن زرعتها قمحاً أو سقيتها بكلفة فلك النصف، وإن زرعتها شعيراً أو إن سقاها ماء السماء فلك الربع فسدت للجهالة، وكذلك إن قال له لك الربع إن لزمك خسارة، وإلا فالثلث، لم يصح العقد(٢).

ج) ومن تطبيقات الضابط المعاصرة:

١- ما يتم اقتطاعه في البنوك الإسلامية في صندوق مواجهة مخاطر الاستثمار في حسابات الاستثمار المشترك لتغطية الخسائر التي تزيد عن مجموع أرباح الاستثمار خلال سنة معينة، ويغذى هذا الصندوق باقتطاع ما لا يقل عن (١٠%) من صافي أرباح الاستثمار المحققة على مختلف العمليات الجارية خلال السنة، ويوقف الاقتطاع عندما يصبح مقدار المبلغ المتجمع في الصندوق مثلي رأس المال المدفوع للبنك الإسلامي، أو أي مقدار آخر يحدده البنك المركزي(٣). وإنما جاز الاقتطاع هنا لأنه نسبة شائعة من مجموع الربح المتحصّل، فهو لا يقطع الشركة في الربح وهو كما لو شرط رب المال إخراج الضريبة أو ما كان يسمى بخراج المقاسمة.

٢- وكذلك ما يوضع في حساب الاحتياطات في المصارف الإسلامية، وهي الأرباح غير الموزعة، إجبارية كانت - بأمر من البنك المركزي - أو اختيارية، والتي تدعم المركز المالي للبنك، وتحفظ رأس ماله في حالة وقوع خسارة، وتكون مبالغها مقطوعة من الأرباح التي تخص المساهمين، وهي عادة ما تكون نسبة شائعة لا تتجاوز ١٠% من الأرباح الصافية(٤).

٣- يمكن أن يؤثر الشرط في آلية توزيع الربح بأن يكون إيراداً دورياً- كما في سندات

المقارضة المستمرة وسندات المشاركة وسندات المنافع-، وقد يكون ربها رأسمالياً وذلك كما في سندات البيوع إجمالاً؛ حيث يتحقق الربح بعد القبض في حالة البيع(٥).

٤- أجاز بعض العلماء أن يشترط أحد المتعاقدين لنفسه مبلغاً معيناً مما يحصل من الربح إذا زاد الربح على ماتوقعه الشركاء، وبعد توزيع الربح بينهما على الشرط، لأنه في حقيقته لا يقطع

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ٥/ ٢٨٤. وفرض المسألة أن المتعاقدين يعلمان بعدم خروج الزرع في المدة المسماة.

(٢) ابن قدامة، المقنع، ١٩٠/٢ وقال في التعليل لأنها بمعنى البيعتين في بيعة، وقد نهى عنها.

(٣) المادة ٥٥، من قانون البنوك، رقم ٢٨، لعام ٢٠٠٠.

(٤) المالقي، عائشة، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ص ١٩٦، ١٩٨.

(٥) حمود، سامي، الأموات التمويلية الإسلامية للشركات الساهمة، ص ١٠٨.

الشركة فيه الربح، ولأن الشرط لا يستغرق الربح كله فهو كما لو اشترط أحدهما أكثر من الآخر - الثالث والثلاثان -، ثم إنه لاغبين ولا استغلال من أحدهما للآخر يخل مع توازن العقد^(١).

الضابط الثالث :

[إطلاق الشركة هل يتنزل على المناصفة أم هو مبهم يفتقر إلى التفسير]^(٢).

لما كان تقدير نصيب كل واحد من الشركاء في الربح يعد شرطاً لصحة العقد، ولما كان المضارب في المضاربة إنما يستحق نصيبه بالشرط^(٣)، فهل يُحمل إطلاق الربح في الشركة - بمعنى قول أحدهما: اشتركنا والربح بيننا - على أن الربح بينهما مناصفة ويصح معه العقد، أم أن هذا الإطلاق في المعقود عليه يعتبر من الجهالة التي تقطع الشركة في الربح وتفسد العقد؟ أما في الشركة، فالأصل أن الإطلاق يحمل على المناصفة؛ لأن المال منهما، والربح لا يتجاوزهما، وهو إن كان مطلقاً بالصيغة، إلا أنه معلوم عرفاً بمقتضى الشركة بالمال، هذا على فرض أن المال بينهما مناصفة، وإلا فعلى قدر المالين وذلك عند من قال - من الحنفية والحنابلة - بأن الربح قد يختلف عن قدر المال بالشرط^(٤)، أما عند من قال بأن الربح والخسر إنما يكون بقدر المالين - من المالكية والشافعية - فالأمر منته عندهم^(٥).

والأمر مختلف في المضاربة؛ لأن المضارب لا يستحق حصته من الربح إلا بالشرط، فإذا أطلق رب المال وقال للمضارب: والربح بيننا فإن الربح يكون بينهما نصفان عند الشافعية^(٦) والحنابلة^(٧)؛ لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة، ولم يترجح أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية^(٨)، وهي ليست كالتجهيل في ما لو قال رب المال للمضارب: ولك جزء، فإن العقد يفسد قولاً واحداً^(٩).

(١) الخفيف، علي، الشركات في الشرع الإسلامي، ص ٨٥ - البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٧٢، ٧٣ .

(٢) ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة ١١٤، ص ٥٥٢ - رجاء الضابط عند ابن تيمية: [موجب عقد الشركة المطلقة التساوي في العمل والأجر]. انظر: مجموع الفتاوى، ٩٧/٣٠ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٠/٥ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١٨٤/١١ - البابر، العناية على الهداية، ١٩٠/٦ - ابن قدامة، المغني، ٢٢/٥ .

(٥) القرافي، الذخيرة، ٦٦/٨ - النووي، روضة الطالبين، ٢٨٤/٤ .

(٦) الماوردي، الحاوي، ٤٧٦/٦ .

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ٥٤٤/٣، ٥٤٥ .

(٨) ابن قدامة، المغني، ٢٠/٥ .

(٩) الدردير، الشرح الصغير، ٦٨٦/٣ .

الضابط الرابع:

[الربح لا يسلم حتى يسلم رأس المال]^(١)

والأصل في هذا الضابط قوله صلى الله عليه وسلم: "مثل المؤمن كالتاجر؛ لا يسلم له ربحه حتى يسلم له ماله، ولا تسلم للمؤمن نوافله حتى تسلم فرائضه"^(٢).

وقوام هذا الضابط على فكرة أن الربح وقاية رأس المال، فلا يقسم الربح في الشركة ولا في المضاربة إلا بعد أن يؤدي إلى رب المال ماله كاملاً، لأن الربح فرع، والمال أصل، ولا يثبت الفرع إلا بثبوت الأصل.

ورأس المال هو ما قدمه كل شريك في شركة الأموال، ومجموع ما قدمه رب المال في المضاربة، حتى إذا هلك رأس مال المضاربة بعد الشراء وقيل نقد الثمن، ثم عاد المضارب إلى رب المال، فدفعت له أخرى وهكذا؛ فإن رأس المال يكون عند قسمة الربح هو مجموع ما دفعه رب المال في المرات كلها^(٣).

ومن ضرورات سلامة الربح اشتراط العلم بمقدار رأس المال عند العقد، لأن الجهل بالأصل يؤدي إلى الجهل بالربح، ويفسد العقد^(٤).

تطبيقات الضابط العملية:

١- إن اشتراط الشركة في ما كان موجوداً قبل العقد لا يصح؛ كما لو دفع رب المال أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرّس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفان، لأن اشتراط الشركة في الأرض لا يصح^(٥).

٢- القول بأن الربح هو وقاية رأس المال هذا هو الأصل، ولكن ليس هناك ما يمنع من إيجاد وسائل وقاية أخرى؛ كما في مخصص الديون المشكوك في تحصيلها، واحتياطي معدل الأرباح، وهما يقتطعان من الربح الإجمالي^(٦).

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/ ٣٢٣، ٥/ ٦٨ - الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٠ - المرادوي، الإصناف، ٥/ ٣٢٧.

(٢) أخرجه البيهقي وقال: موسى بن عبيدة لا يحتج به وقد اختلف عليه في إسناده، انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، باب ما روي في إتمام الفريضة من التطوع في الآخرة، ٢/ ٣٨٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١١٣. وجاء في تعليقه: لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان- ثمن المشتري- بتصرفه له كالوكيل.

(٤) عيش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥١٨.

(٥) شيخ زاده، مجمع الأثر، ٢/ ٥٩٥.

(٦) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي (٤٠)، الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، البند ٤/١/٣.

والكلام في هذا المخصص منسجم مع الضابط؛ لأن روافد المخصص هي أرباح استثمارات المال، وهو لا يقتطع كمخصص إلا بعد سلامة المال، والسؤال هنا؛ هل يصلح أن يحمي احتياطي معدل الأرباح غير الأموال التي تسببت فيه؟

الأصل أن يحمل ربح كل عملية استثمار عليها، وأن ما يخصم من الربح لصناديق المخصصات يجري الاتفاق عليه سلفاً - وقد بات عرفاً سائداً في المصارف الإسلامية -، وأما يتوفر في الصندوق بعد أداء حقوق المتعاملين فطريقه أن يوزع عليهم أو أن يأذن العميل للبنك ابتداء بالتصرف فيه، أو أنه يوضع في صندوق التبرعات^(١).

ويتفرع عن هذا الضابط:

ضابط فرعي [الربح يجبر الخسر والتلف أما الجناية فلا]^(٢).

والضابط: [الجبر إنما يكون إذا بقي شيء من أصل المال]^(٣) أما لو تلف جميعه، فأتى له ربه ببذله فلا جبر للأول بربح الثاني .

وضابط: [لو دخلا على عدم الجبر بالربح لم يعمل به]^(٤).

بمعنى أن الوقاية لرأس المال في الضابط السابق إنما تعني أن تخصم الخسارة أو ما حصل من تلف للمال بدون تعد أو تقصير من العامل في الشركة أو المضاربة من الربح المتحصل حتى يعود المال كاملاً كما بدأت به الشركة، وما فضل بعد ذلك فيوزع بين الشركاء ربحاً. والشرط للقول بجبر الربح للخسارة؛ أن تبقى الشركة قائمة ودليل قيامها بقاء رأس مال الشركة كله أو بعضه، حتى إذا تجاوزت الخسارة الربح إلى رأس المال كله فلا جبر إن. وهذا الشرط مما يقتضيه العقد وإن لم ينص عليه، فإذا اشترط العامل غير ذلك -عدم جبر الخسارة من الربح- كان شرطه لغوا.

ثم إن الربح لا يجبر الخسارة المتولدة عن جناية المال؛ بسرقة أو إتلافه عمداً، سواء كانت الجناية قبل بدء العمل بالمال أو بعده، ويكون رأس المال هو ما تبقى، ولا يُجبر النقص من الربح، بل يُتبع الأخذ بما أخذه^(٥).

(١) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي (٤٠)، الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، البند ٥/٥ .

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٨/٣ .

(٣) الدردير، الشرح الصغير، ٧٠٠ /٣ .

(٤) المرجع السابق.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٨ /٣ .

والسبب فيه؛ أنا لو قلنا بأن الربح يجبر الجناية، لآل بنا الأمر إلى القول بتضمين العامل؛ لأن له نصيباً في الربح، فإذا جبرنا خسر جناية غيره على المال من الربح، فكأنه ضمنه من ماله، وهذا مناقض لأصل العقد^(١)

ومثاله: لو كان رأس مال المضاربة ألف دينار دفعها رب المال إلى المضارب، فإذا سُرِق من المال نصفه، فإن الباقي فقط هو الذي يُحسب رأس مال المضاربة وهو الذي يستحق الربح وليس ما قُدّم ابتداءً من مال، لأن المتسبب في توليد الربح حقيقة هو ما تبقى من المال بعد الجناية عليه، وأما ما جُني عليه، فيتبع به الجاني، حتى إذا عاد إلى رب المال رجع بلا نصيب من الربح، لأنه لا ربح لما في الذمة^(٢).

الضابط السادس:

الضابط عند الحنفية [إن كان أصل الشركة في ما لا يصلح إلا بالضمان مع الشراء يلحق الشريكين، لم يأكل أحدهما فضل مال يضمنه غيره، وإن كان أصل الشركة لا ضمان فيه على واحد منهما إلا بعطب يحدث أو مال يضيع، جاز أن يشترط أحدهما لصاحبه فضلاً من الربح]^(٣).
 - وجاء الضابط عندهم بصيغة أخرى: [استحقاق الربح بالشرط في العقد]^(٤).
 - أما المالكية فالضابط عندهم: [الربح في الشركة على قدر رؤوس الأموال]^(٥).
 - وعند الشافعية: [الربح بين الشركاء على قدر المالكين شرط ذلك أم لا، تساويًا في العمل أو تفاوتاً]^(٦).

- وعند الحنابلة: [الربح في الشركة بحسب الشرط]^(٧).

والضوابط تكشف عن اتجاهين رئيسيين في تحديد مناط الربح في الشركة؛ هل هو المال أم أن الربح يستحق بحسب ما يشترطه الشركاء في العقد؟

اختلف الفقهاء في معيار توزيع الربح في الشركة على قولين:

القول الأول: إن الربح في شركة الأموال يكون على قدر المالكين متساوياً أو متفاضلاً بحسب ما وقع بين الشركاء من شرط، سواء شرطاً للعمل عليهما أو على أحدهما؛ أما في شركة الوجوه فإن

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢١٧/٦ .

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٨/٣ .

(٣) الشيباني، الأمالي، ص ٤٥ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١٧١/١١ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٢/٦ .

(٥) القرافي، الذخيرة، ٦٦/٨ - عيش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣٥٤/٣ .

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٢٨٤/٤ .

(٧) البهوتي، كشف القناع، ٥٣٣/٣ - ابن قدامة، المغني، ٢٠/٥ .

الربح فيها لما كان بحسب ضمان المُشترى نسيئة؛ فإن التفاضل في الربح بعد التساوي في الضمان لا يصح، وبه قال الحنفية ما عدا زفر^(١)، والحنابلة^(٢).

واستدلوا على قولهم هذا بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: "الربح على ما اصطلحا عليه"^(٣).

وبناء على هذا القول إذا اشترط أحد الشركاء لنفسه فضلا من الربح؛ فإن كان العمل عليهما جميعاً صح الشرط، وكذلك إن كان الفضل لأكثرهما عملاً. أما إن كان شرط الزيادة لأقلهما عملاً فلا تصح؛ لأن من شرطت له الزيادة في الربح ليس له ما يقابلها من مال، أو عمل، أو ضمان^(٤)، ولأن أقل حالات الجواز أن تكون الشركة كالمضاربة، والمضارب إنما يستحق الربح مقابل عمله بحسب الشرط.

والضابط في ذلك: [شرط الربح للعامل من الشركاء أكثر من رأس ماله؛ يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة، وشرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لم يصح الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة، ولكل واحد رأس ماله]^(٥) أي أن أحد الشركاء إن كان هو العامل فيها، استحق زيادة ربح على حصته المالية، ويكون وصفه في الربح الزائد وصف المضارب بمال غيره، وكان الزيادة مصدرها العمل والأصل مصدره المال.

أما إن كان شرط الربح الزائد لأقلهما عملاً؛ فكأن المال في يد العامل منهما إبطاع — عمل بلا أجر — ويلغى شرط الزيادة، ويرد الربح على قدر المالين.

القول الثاني: إن الربح في الشركة إنما يستحق بالمال؛ لأنه نماء الملك، فلا يكون إلا بحسبه حتى إذا تساوى الربح مع تفاوت المالين، أو تفاوت الربح مع التساوي في مال كل منهما، فسدت الشركة عند الشافعية^(٦)، والمالكية^(٧)، وزفر من الحنفية^(٨)، وقيل لا تفسد بل يوزع الربح على قدر الأموال، ويدفع كل منهما للآخر أجره عمله عند المالكية^(٩).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٣/٦ .

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ٥٣٣/٣ .

(٣) ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب من قال الربح على ما اصطلحا عليه والوضيعة على رأس المال . ٢٦٧/٤ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٣/٦ — الزيلعي، تبين الحقائق، ٣٢١/٣ .

(٥) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٩٢، ١٩٣ .

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٤ — الشربيني، مغني المحتاج، ٣/٢٢٨ .

(٧) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٧٧ .

(٨) السرخسي، المبسوط، ١١/١٧٠ .

(٩) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/٣٥٤ .

وتوجيه هذا القول: إن الشركة في الملك لما كانت أصل شركة العقد، وفي شركة الملك لا يستحق أحدهما ربحاً زائداً عن ملكه، فكذا هنا^(١).

إلا أن المالكية يعلقون منع الزيادة في الربح عن مقدار رأس المال على ما إذا جاء شرط الزيادة في العقد، حتى إذا خلا منه العقد، ووقعت الزيادة من أحدهما بعده لم تضر، لأن اللاحق للعقد ليس كالواقع فيها^(٢).

وبناء على هذه القولين صحت الشركة في الأعمال والوجوه عند الحنفية، ومنعت عند الشافعية.

تطبيقات الضابط العملية:

١- ومن التطبيقات العملية لارتباط توزيع الربح بالشرط إن اشترط الشريكان أن يبيعا ويشتريا جميعاً، ثم مرض الذي شرط له الأكثر، فعمل الآخر وربح، كان الربح على الشرط^(٣).

٢- وكذلك إن مرض المضارب في المضاربة، وقال رب المال أنا آخذ المال وأبيعه على المضاربة، ففعل فإن الربح يبقى على الشرط^(٤).

٣- وعند المالكية إذا اشترطت زكاة الربح على أحدهما، ثم لم تجب الزكاة لمانع، فإن جزء الزكاة من الربح بتمامه يكون لمشرطه ولا يكون للقراض^(٥).

٤- ورأى بعض المعاصرين أن الربح في الشركة أو المضاربة ليس لذات المال، ولكنه مبني على وضع المال تحت تصرف المصرف بموجب عقد المشاركة أو المضاربة، سواء جرى استثماره فعلياً أم لا^(٦).

وعليه فإن ما تعطل من ودائع أو رأس المال المساهم - لاعتبارات قانونية؛ كنسب السيولة القانونية، أو المصرفية، أو الاقتصادية - يتحمل نسبة تناسب واقع الأمر عند توزيع الربح - كل منهما

(١) السرخسي، المبسوط، ١١/ ١٧٠، ١٦٩.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٥٤.

(٣) الشيباني، الأمالي، ص ٤١.

(٤) الشيباني، الأمالي ص ٤٢.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٣. والكلام هنا في اشتراط الزكاة من الربح على رب المال أو العامل، أما رأس المال فزكاته على رب المال.

(٦) حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٤١٣. وأراد الباحث من هذه المقدمة الوصول إلى نتيجة مصرفية عملية وهي حرمان الوديعة المسحوبة قبل نهاية المدة من الربح، لأن هذا المال لم يحقق واحداً من المطلوبات؛ من الاستثمار أو الاستعداد للتصرف.

يتحمل نصيبه-، ولكن ذلك لا يعني أن يحسب الربح مما تم توظيفه عملياً من حسابات الودائع، بل ما تم وضعه في الحساب^(١).

٥- يستحق السهم- بوصفه حصة من رأس المال في الشركات المساهمة- قيمة متساوية من الربح، بحيث يكون التفاوت بين المساهمين فقط بعدد الأسهم المملوكة، وليس في نصيب السهم من الربح.

٦- وعلى القول بأن الربح في الشركة إنما يكون بحسب الشرط؛ أجازت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي إضافة شروط خاصة إلى عقد التأمين؛ من اشتراط المشاركة في الفائض الذي يجعل لحملة الوثائق الحق في المشاركة بالأرباح^(٢).

٧- ومن تطبيقات الضابط العملية تفاوت نسب الربح بين أصحاب الحسابات في المصارف الإسلامية تبعاً لتفاوت حجم المبلغ أو مدة استثماره، أو نوع الحساب^(٣).

مسألة:

لما كان الربح في الشركة إنما يوزع بحسب الشرط، فهل يجوز اشتراطه في المضاربة لغير طرفي العقد - رب المال والعامل -؟

وضابط هذه المسألة: [من شرط له من الأجناب بعض الربح، وشرط عليه العمل صح وإلا فلا]^(٤).

وفرض المسألة يظهر من خلال المثال: فإذا اشترط المتعاقدان في المضاربة قسطاً من الربح لأجنبي عن العقد، أو لولد أحدهما، وشرط عليه العمل صح الشرط، وكانا -العامل والمشروط له- مضاربيين لرب مال واحد^(٥).

أما إن شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته ولم يشترط عليه العمل؛ فالفقهاء في اشتراط الربح لغير العامل على ثلاثة أقوال:

(١) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٦٧

(٢) ملحم، أحمد (٢٠٠٠)، التأمين التعاوني الإسلامي، ط ١، ص ٢٧٤. وقد يقول قائل: إن الأمر في شركات التأمين مختلف؛ لأن فكرته تقوم على التكافل بتقنين الأضرار وتحملها، وأن ما يدفع من قسط ليس الهدف منه الاستثمار ولكن التبرع، ولا خلاف في ذلك، ولكن ما قصده من المثال هو أن استثمار الفائض من أموال الشركة أعطى لمن اشترط المشاركة بالربح الحق فيه، وكان الشرط منح المؤمنين ميزة فوق ما استحقوه من حق ترميم الضرر، والأمر كذلك في اشتراط زيادة الربح.

(٣) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (٤٠)، الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، البند ٤/٤.

(٤) الزيلعي، تبیین الحقائق، ٦٥/٥ - ٦٦ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨١/٦ - ابن قدامة، المغني، ٢٢/٥.

القول الأول: يفسد الشرط ويصح العقد وذلك عند الحنفية^(١)، وأما ما شرط من الربح فيكون لرب المال؛ لأن الربح في المضاربة إما أن يكون بسبب المال، أو بالعمل، فلما عدم الثاني بقي الاستحقاق بالأول، وصار المشروط له كالمسكوت عنه^(٢).

القول الثاني: يفسد العقد بفساد الشرط عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، لأنه شرط فاسد يعود إلى الربح^(٥).

القول الثالث: يصح الشرط للأجنبي عن العقد، ولا يشترط تخصيصه بالعامل؛ وذلك عند المالكية^(٦)، وهو كما لو شرط للمساكين، ورأها المالكية من باب هبة المنافع^(٧)، وهو الرأي الذي تبنته هيئة المحاسبة لما أجازت أن يكون شرط الربح لصالح طرف ثالث أجنبي عن العقد^(٨). والراجح من هذه الأقوال هو ما قرره حكم الضابط، من أن المشروط له الربح إنما يستحقه إن قدم في مقابله عملاً، وإلا كان المال من نصيب رب المال؛ لأنه لما قسم أثلاثاً، وظهر خلو أحدها من مستحقه، وهو لم يُشرط للعامل فعاد إلى من يستحقه بالسبب القوي؛ وهو هنا رب المال تصحيحاً للشرط والعقد ما أمكن.

المطلب الثاني: ضوابط الربح الخاصة ببعض الشركات:

وأتناول في هذا المطلب ما انفردت به بعض أنماط الشركة من أحكام جرت عليها خاصة بعد أن ضبطت بما مر من أصول عامة.

الفرع الأول: ضوابط الربح في الشركة الفاسدة:

لما كان الكلام في ما مضى من أحكام الربح في الشركة الصحيحة، آثرت أن أبدأ بما يقابلها من أحكامه في الشركة الفاسدة؛ وهي الشركة التي فاتها شرط من شرائط الصحة^(٩).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨١/٦.

(٢) المرجع السابق. ومعنى الضابط أن الاشتراط في المضاربة يصح أن يذكر فيه نصيب المضارب فقط، ويسكت عن نصيب رب المال فيكون له الباقي؛ لأن استحقاقه بالمال لا بالشرط.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٣/٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٢٢/٥ - البهوتي، كشف القناع، ٥٤٥/٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٢/٥ - البهوتي، كشف القناع، ٥٤٥/٣.

(٦) القرافي، الذخيرة، ٣٨/٦.

(٧) المرجع السابق.

(٨) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (٤٠)، الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، البند ١٢/٤.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٧/٦.

الضابط الأول :

- ١- الضابط عند الحنفية: [الربح في الشركة الفاسدة بقدر المال] ويبطل شرط الزيادة^(١).
وجاء التعليل له بصيغة ضابط: [التسمية عند فساد العقد تكون لغواً]^(٢).
- ٢- وعند الحنابلة جاء الضابط: [العوض في الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيحة عرفاً وعادة]^(٣).
- وجاء التعليل له بصيغة ضابط: [الشركة الفاسدة كالصحيحة في كل شيء من أحكامها]^(٤)
وكان الحكم الفيصل هو ما تقرر عند بعض الحنابلة: [إن فسد العقد لجهل الربح فإنه يقسم على قدر المال، وإن فسد لغيره وجب المسمى فيه كالصحيح]^(٥).
والضوابط تكشف عن قولين في كيفية توزيع الربح في الشركة الفاسدة:
القول الأول: إن الأصل في الربح أن يكون بحسب المال، وإنما عدل عنه بالشرط لأن سبب الاستحقاق هو العقد، فإذا فسد العقد بان فساد التسمية فيه - شرط الربح الزائد -، فعدنا إلى اعتبار ما هو صحيح صريح من حصة كل شريك^(٦).
- أما من قال بارتباط الربح بالمال - المالكية والشافعية - فالحكم عنده كذلك في الفاسدة^(٧)، وأما من ربط الربح بالشرط في العقد؛ فعند الحنفية^(٨)، وقول عند الحنابلة^(٩) الأصل أن ربح كل واحد من الشركاء بحسب ماله، لأنه نماء ملكه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح، فإن كان العقد فاسداً، بقي الحكم على مقتضى الأصل^(١٠). ثم ذهب أصحاب هذا القول - ما عدا الحنفية - إلى الحكم برجوع كل واحد من الشركاء على صاحبه بما ثبت له عند الآخر من أجره عمل^(١١).

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/٣٤٤ - ابن مودود الموصلي، الاختيار، ٣/١٨ - ابن قدامة، المقنع، ٢/١٧١.

(٢) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٣٩، ص ٧٦٣.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٠/٨٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/١٣.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥٣٨ - ٥٣٩.

(٦) المرغيناني، الهداية، ٦/١٩٤.

(٧) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/٤٥ - النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٦.

(٨) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٣/١٨.

(٩) ابن قدامة، المغني، ٥/١٣.

(١٠) ابن قدامة، المغني، ٥/١٣.

(١١) الدردير، الشرح الصغير، ٣/٤٦٨ - النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٦ - ابن قدامة، المغني، ٥/١٣.

القول الثاني: إن الربح في الشركة الفاسدة يوزع كالمشروط في الشركة الصحيحة، وإن زاد أحدهما بالشرط عن قدر رأس ماله، وهو قول عند الحنابلة^(١). وجه هذا القول: إن عقد الشركة يصح مع الجهالة في مقدار الربح، فيثبت المسمى في فاسده كما ثبت في النكاح^(٢).

ويرد عليه: بأن الربح في الشركة وإن جهل مقداره إلا أنه عُلِمَ بنسبة الحصة الشائعة، وهي جهالة مغتفرة لأنها لا تفضي إلى النزاع، وأما القياس على النكاح فقياس مع الفارق؛ لأن الربح في الشركة هو المقصود منها - المعقود عليه - أما في النكاح فإن المهر تبع، حتى أنه يصح عقد النكاح وإن خلا من ذكره، وتفسد الشركة إن خلا العقد من ذكر الربح.

وأرى في ربط الحكم في كيفية توزيع الربح في الشركة الفاسدة بحسب سبب الفساد - كما قرر ضابط الحنابلة - معالجة صحيحة للوضع الطاريء؛ لأن من الثابت شرعا أن أسباب الفساد على مراتب، وأن منها ما يعود على العقد بالإبطال - لارتباطه بأصل العقد -، ومنها ما يصح معه العقد بعد تخليصه من سبب الفساد، فناسب أن يرتبط توزيع الربح بالمانع الذي غير شرطه.

الضابط الثاني :

ولما كان فساد العقد يوجب فساد الشرط الذي جاء فيه؛ فإن العامل في عقود المضاربة والمزارعة والمساقاة بفساد عقده لا يستقر له ما شرط له، ويكون ضابط الربح فيها:

أولا: ضابط ربح رب المال في العقد الفاسد - صاحب المال، أو الشجر أو الأرض -:

١- في المضاربة: [الخبث إن كان لفساد الملك طاب في ما لا يتعين - أصل المال - لا في ما يتعين - ما زاد عنه-]^(٣).

٢- وفي المساقاة: [الخارج لصاحب الأرض - الشجر-]^(٤).

٣- وفي المزارعة: عند الجمهور ما عدا المالكية في قول: [الربح لرب البذر]^(٥).

وعند المالكية كان الحكم هو: [الزرع في المزارعة الفاسدة لمن اجتمع له اثنان من أصول ثلاثة - البذر والأرض والعمل -، أو من له العمل]^(٦).

(١) ابن قدامة، المغني، ١٣/٥ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٨٥/٣٠.

(٢) ابن قدامة، المغني، ١٣/٥.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٥٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٨/٦.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٣/٦ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣١٤ - الدردير، الشرح الصغير، ٥٠٠/٣ - الغمراوي، السراج

الوهاب، ص ٢٨٥ - البهوتي، كشاف القناع، ٥٧٦/٣.

(٦) الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٨/٣ - ٤٩٩.

ثانياً: ضابط ربح العامل في العقد الفاسد:

- ١- [العامل في المضاربة الفاسدة أجبر]^(١).
 - ٢- [كل موضع فسدت فيه المساقاة فللعامل أجر مثله]^(٢).
 - ٣- [في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج، فإذا عدم الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة]^(٣).
- وجملة هذه الضوابط تقرر الحقائق التالية:

١- إن الربح في الفاسد من عقود الشركة والمضاربة وملحقاتها هي لمن كان المال منه، وهو رب المال في الشركة والمضاربة، ورب البذر والشجر في المزارعة والمساقاة؛ لأن الربح نماء الملك.

٢- إن السبب في قول المالكية باستحقاق الناتج في المزارعة لمن اجتمع له أمران؛ هو أن الأرض إن كانت من أحدهما وكان العمل من الآخر، فإن كل واحد من هؤلاء أصل، وقوة مؤثرة في الثمر، ولا يترجح استحقاق أحدهما للربح إلا بمرجح وهو أن يُضم إليه أصل آخر.

٣- أما العامل في هذه العقود فإنه ما رضي بالعمل إلا ليسلم له الشرط بالربح، فلما فسد المسمى بفساد العقد استوجب الأجرة، لأنه لم يرض بالعمل مجاناً، وأقرب تكييف له أنه أجبر فتجب له أجرة المثل ربح المال أو لم يربح عند جمهور الفقهاء - ما عدا أبا يوسف من الحنفية^(٤)، وله ربح المثل عند ابن تيمية^(٥).

وضابط قول الجمهور [حكم الشركة إذا زال بفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عوض فاسد وذلك موجب أجرة المثل]^(٦).

أما عند أبي يوسف من الحنفية؛ فلا أجر للعامل في الفاسدة إن لم يحصل في المال ربح اعتباراً بالصحيحة^(٧)، وإلا كان حاله في الفاسدة خيراً من حاله في الصحيحة، وهذا مخالف للأصول.

وعند ابن تيمية جاء الضابط [إنما يستحق في الفاسد نظير ما يستحق في الصحيح، فإذا وجب في الصحيحة قسط من الربح، كان الواجب في الفاسدة قسط من الربح]^(٨).

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٠٨/٢.

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٥٠٨/٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٢/٦ - البهوتي، كشف القناع، ٥٧٦/٣.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣٢٣ - الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٠٧/٦ - الماوردي، الحاوي، ٣٣٩/٧ - البهوتي، كشف القناع، ٥٧٦/٣.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٥٦/٢٠.

(٦) الماوردي، الحاوي، ٤٧٩/٦.

(٧) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/٣٤٤ - البعلي، أساسيات العمل المصرفي، ص ٧٥.

(٨) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٥٦/٢٠.

وفي المضاربة الفاسدة يجب ربح المثل - بمعنى قراض المثل - لا أجر المثل، فيعطى العامل ما جرت به العادة أن يعطى مثله من الربح^(١)، وكان تعليقه لذلك هو أن أجره المثل لسنين قد تكون أضعاف رأس المال فكيف يستحق في الفاسدة أكثر مما يستحقه في الصحيحة؟^(٢)

الضابط الثالث :

[كل أصل متقرر في الشريعة جار على القياس إذا فسد عقده؛ هل يرد إلى صحيح ذلك المستثنى إذا فسد، أو إلى صحيح ما استثنى منه؟]^(٣).

والضابط يعرض حكم الربح في القراض الفاسد؛ هل يجب فيه قراض المثل - أي رده إلى صحيح نوعه -، أم أن الواجب فيه هو أجره المثل - وهو رده إلى صحيح أصله^(٤)، والأصل الصحيح الذي ترد إليه المضاربة هو الإجارة؛ لأن العامل فيها أجبر بما سمي له من الربح، وأنها تبقى على وصفها ويُقال بوجود قراض المثل للعامل^(٥).

وموضوع الضابط يتناول ما انفرد به المالكية في حال فساد عقد المضاربة، وفرقوا فيه بين ما يستوجب من المخالفات أجر المثل، وما يستوجب قراض المثل.

والمرجح لأيهما هو سبب الفساد؛ فإذا كان الفساد متأكدا بالعقد بطلت حقيقة القراض بالكلية وتعينت الإجارة، وإلا بأن لم يتأكد الفساد بالعقد بقينا على وصف القراض مع فساد المشروط^(٦). وجاء الضابط عند المالكية ببيان ما يستوجب قراض المثل، وما يستوجب أجره المثل كما يلي [كل ما شرط فيه رب المال على العامل أمراً فضره به على نظره، أو اشترط زيادة لنفسه، أو شرطها العامل لنفسه فأجره المثل، وإلا قراض المثل]^(٧).

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٥٠٩/٢٠.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٥٠٩/٢٠. ولا أرى تعليقه مقبولاً وإن اتفقت معه في الأصل لأن العقد الفاسد الأصل فيه أن لا يبقى شيئاً بل يفسخ، ثم إن الأصل في الأجرة أن تستحق مع التنقيض.

(٣) القرافي، الذخيرة، ٤٥/٦ - الشنقيطي، إعداده المهج، ص ١٥٩.

(٤) الشنقيطي، إعداده المهج، ص ١٥٩.

(٥) الفرق بين أجره المثل وقراض المثل:

- تثبت أجره المثل في ذمة رب المال، أما قراض المثل فهو في الربح، فإن لم يحصل فلا شيء له.

- إن أجره المثل يحاص العامل بها الغرماء، لأنهم في الحق سواء لتساوي المتعلق به - الذمة - وفي قراض المثل يقدم على الغرماء لأن حقه في عين المال.

- أجره المثل لا تستحق إلا بعد العمل حتى إذا شرع فيه كان لرب المال أن يمنعه، وأما ما فيه قراض المثل فلا يفسخ بالشروع فيه.

انظر: عليش، بهامش الدسوقي، ٥٢٠/٣ - التسولي، البهجة، ٣٦٦/٢.

(٦) القرافي، الذخيرة، ٤٥/٦، وكان العامل في ما وجب فيه قراض المثل مازال يتمتع بمركز قوة.

(٧) القرافي، الذخيرة، ٤٤/٦.

وجاء الضابط بصيغة أخرى: [كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال ولا خالصة لمشترطها ففيها قراض المثل، ومتى كانت خارجة عن المال، أو كانت غرراً حراماً فأجرة المثل]^(١).

الفرع الثاني: ضوابط الربح في شركة الأعمال:

الضابط :

- جاء الضابط عند الحنفية: [الربح يستحق في شركة الأعمال بضمان العمل وليس بمباشرة العمل]^(٢).

وتعليه الضابط: [لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد]^(٣).

- وعند المالكية: [الربح في شركة الأعمال بقدر العمل]^(٤).

لما كان سبب استحقاق الربح في شركة الأعمال هو التزام كل واحد من الشركاء القيام بالعمل الذي عقدت عليه الشركة، وكما يتحقق ضمان العمل بالقيام به فعلاً، فإنه يتحقق كذلك بتوكيل شريك الأعمال غيره القيام به كلياً أو جزئياً، وفي كل ذلك هو مستحق للربح^(٥).

ولما كانت مهارة شريك الأعمال وإتقانه قد تتفاوت بين أحدهم والآخر، جاز أن يشترط لأحدهما من الربح أكثر مما شرط للآخر - لهذا الفضل -^(٦)، وذلك كما جاز أن يختلفا في الشركة بالأموال المعينة^(٧).

وكذلك الأمر في التقبل بما هو أصل للعمل، فإنه يصح أن يتفاوت شريكي الأعمال في شرط الربح فيه، لأن أحدهما تقبل من العمل - ضمنه - أكثر مما ضمنه الآخر، ولا يلزم من ذلك أن

(١) القرافي، الذخيرة، ٤٣/٦. ومما يثبت فيه قراض المثل من المخالفات: القراض بالعروض، أو جعله إلى أجل، أو على مبيع من الربح، أو إن شرط على العامل ضمان المال. ومما يوجب أجرة المثل: اشتراط رب المال العمل مع المضارب، أو اشتراط أمين عليه، أو أن يشترط عليه أن يشارك غيره في مال القراض، أو أن يخلطه. انظر: عليش، بهامش الدسوقي، ٥٢٠/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٧٦ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٣ - الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٩٢، ص ٧٣٨ - ابن قدامة، المغني، ٥/٥.

(٣) السرخسي، المبسوط، ٢٣٤/١١. ومن تطبيقات هذا الضابط التعليقي في المزارعة؛ أن العامل في المزارعة إن فسدت لاختلال شرطه، فإن العامل لا يستحق على عمله في كراب الأرض شيئاً من الأجرة، لأن ما يستحقه على منافعه إنما يعرف بالعقد، فإذا فسد العقد فسد ما يتعلق به، انظر: البابرتي، العناية على الهداية، ٤٧٥/٩.

(٤) الدردير، الشرح الصغير، ٤٧٥/٣.

(٥) السرخسي، المبسوط، ٢٣٤/١١.

(٦) المرجع السابق.

(٧) الشيباني، الأمالي، ص ٤٥.

يعمل المتقبل منهما عند الحنفية، بل يصح أن يشرط له على تقبله فقط أكثر مما شرط للعامل منهما من الربح، لأن المناط هو ربح ضمان العمل لا ربح إيجاده حقيقة^(١).

وإنما استحق العامل على التقبل ربحه؛ لأن التقبل في شركة الأعمال مقصود فيها بمعنى أنه مبدأ عمل الشركة وعليه قامت فكرتها، وفي ما هو مقصود الشركة يقوم كل واحد منهما مقام الآخر، حتى إذا امتنع أحد الشركاء عن العمل، بعذر أو بغير عذر فإن العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه لبقاء فكرة الضمان^(٢).

وكذلك الحال لو شرطاً فضل الأجرة لأقلهما عملاً؛ بأن شرطاً ثلثاها لأقلهما جاز، لأن استحقاق فضل الأجرة إنما هو بسبب الضمان، وليس بسبب فضل العمل^(٣).

إلا إن شرط الزيادة عند الحنفية لا يستقيم إلا أن يسبق ذلك التقبل عقد على العمل شركة، لأن منافع الشركاء في الأعمال إنما تُعرف قيمتها بمقدار ما شرط كل واحد منهم لنفسه من الربح في العقد وهذا هو المعنى المقصود بالضابط من أن المنافع إنما تنقوم بالعقد؛ لأن منافع كل عامل من الشركاء متميزة وهي مختصة به، ولا تعرف قيمتها إلا إذا حددت بنسبة من الربح تقابل بذلها في الشركة^(٤).

وحقيقة ما يأخذه كل واحد من شركاء الأعمال إنما هو أجرة عمله لا ربح ماله؛ لأن الربح لا يكون إلا في الجنس المنفق^(٥)، بمعنى أن يكون المقدم مالا والربح كذلك، وفي الأعمال إنما يقدم العمل ومقابلته شرعا هو الأجرة، وهذه يصح التفاوت فيها^(٦).

وعليه لو شرطاً التفاضل في الأجرة فجعلها أثلاثاً، ولم يشرط العمل عليهما على النصف صح، ويكون لمن وجب له الفضل بسبب ما يقابله من ضمان العمل، بخلاف ما لو شرطاً العمل عليهما على النصف والربح أثلاثاً لم يجز؛ لأن فضل الأجرة لأحدهما لم يقابله مال ولا عمل ولا ضمان، والربح لا يكون إلا بأحدها^(٧).

وكان الضابط هنا هو [الربح إن كان بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت فيه ربح ما لم يضمن]^(٨)، فإن لم يكن الربح بدلا عن المال صح التفاوت وكان الربح ربح ما ضمن.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٦ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٧١ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٧ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٦ .

(٥) الجابري، العناية، ٦ / ١٨٧ .

(٦) شيخ زاده، مجمع الأثر، ١ / ٣٤٣ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٧ .

(٨) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦ / ١٨٨ .

أما عند المالكية^(١)، وزفر من الحنفية^(٢) فالحكم هو وجوب المساواة بين الشركاء في ما هو من مقتضيات عقدها؛ بأن يتفقا في الصنعة والمكان والآلة والعمل، ليقال بصحة الاشتراك في الربح بالتساوي^(٣)؛ أي أن المساواة بينهما مطلوبة ابتداء وانتهاء، ولا معنى لزيادة ربح أحدهما مع هذه المساواة إلا أن يتبرع أحد الشركاء للآخر بجزء من ربحه بعد عقدها، فتصح الشركة مع ما فيها من التفاوت؛ لأن اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها^(٤).

ومن التطبيقات العملية:

- إن تعدد المضاربون لرب المال الواحد فالشرط عند المالكية أن يكون الربح بين جماعة المضاربين على قدر العمل، ولا يجوز أن يتساووا في العمل ويختلفوا في الربح^(٥)؛ لأن حالهم في الربح حال شركاء الأعمال.

- في حين رأى الحنابلة جواز اختلاف ربح كل عامل منهم؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين كأنه عقدين، فجاز أن يختلف الشرط^(٦).

- يمكن تقسيم العمل في هذه العقود إلى مباشر؛ وذلك بالقيام فعلا بالنشاط المطلوب من شراء الأوراق المالية أو بيعها مثلا، وإلى غير مباشر؛ من الخبرة والقدرة الفنية المتخصصة التي يمكنها عمل دراسة الجدوى وإعداد المعلومات الفنية عن المشروعات وتحليل ميزانيات المشروعات^(٧).

- لما كان الضمان هو مسوغ الاشتراك بالربح في شركة الأعمال؛ فإنه في هذا النمط الاستثماري يمكن تشغيل عمال في الخدمات المنتظمة- مجال الحراسة، أو الصيانة، ويكون الفرق بين تكلفة هؤلاء العاملين وبين الإيراد المتحصل من الخدمات المقدمة ربحا يقسم بين الشركاء^(٨)

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٥٤

(٢) المرغيناني، الهداية ٦ / ١٨٧

(٣) الدردير، الشرح الصغير، ٣ / ٤٥٦

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٣٥٤

(٥) عليش، بهامش الدسوقي، ٣ / ٥٣٠

(٦) ابن قدامة، المعنى، ٥ / ٢١

(٧) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٣٢.

(٨) حمود، الأموال التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٧٩.

الفرع الثالث: ضوابط الربح في شركة الوجوه:

الضباط:

[الربح في شركة الوجوه على قدر الملك]^(١)

-الضابط عند الحنفية: [الربح في الوجوه بقدر الضمان]^(٢)

-وعند الحنابلة: [الربح على ما اصطلاحا عليه]^(٣).

من الثابت أن الشركة في الوجوه تقوم على ضمان كل واحد من الشركاء ثمن ما اشترى نسيئة، والأصل في هذه الشركة أن يرتبط الربح بما شرط على كل واحد من الشركاء من الضمان؛ أي بمقدار ما سيؤدي من ثمنها، حتى إذا تساوى الشركاء في ملك المشتري - الثمن في ذمتهم على التساوي - فإن الربح بما هو فرع المال يكون كذلك، فإذا اشترط أحدهم الزيادة عما ثبت في ذمته من ثمن المشتري، كانت الزيادة ممنوعة شرعا لأنها من ربح ما لم يضمن^(٤). أما إن وقع تفاوت في ملك المشتري؛ كأن يقع بينهما على الثلث والثلثين كان الربح بحسبه^(٥). وعند الحنابلة الربح في شركة الوجوه بحسب ما اتفق عليه الشركاء من المساواة أو التفاضل، وهو قياس المذهب في كل أقسام الشركة^(٦).

وتعليهم في ذلك؛ أن شركة الوجوه وإن خلت من المال فإن فيها عملا، والشركاء متفاوتون فيه فجاز أن يختلف شرط الربح بناء عليه^(٧). ورد عليه: بأن العمل في هذه الشركة تابع وليس بأصل، لأنهما إنما اشتركا ليعملا في المستقبل في ما يشترياهن بجاهيهما.

ورب قائل يقول: إن العامل في المضاربة يستحق ربح ما لم يضمن من ثمن المشتري و لا مال من جهته، فلم جازت في المضاربة ومنعت في الوجوه، والحال أن كلا منهما عامل على الشراء؟ والفرق بينهما أن المضاربة إنما جازت على خلاف القياس في قول جمهور الفقهاء^(٨)، ولأن المضارب إنما يعمل في مال معين، فكان له الربح بالشرط على عمله، وتعيين المال هو المجوز

(١) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠٣ .

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٣ / ١٨٨ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١٨ .

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٢٣٤ - الغنيمي، اللباب، ٢ / ٧٦ .

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١ / ١٦٦ .

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥ / ١٩ .

(٧) المرجع السابق.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦ / ٧٩ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ٢٥٨ - الشريبي، مغني المحتاج، ٣ / ٣٩٨ في حين قرر ابن

تيمية أن المضاربة أصل مستقل وهي على وفق القياس، وهي من جنس المشاركات لا من جنس الإجارة. انظر: ابن تيمية،

مجموع الفتاوى، ٣٠ / ٧٤ .

للربح - كما جاز اشتراط التفاوت في الربح في شركة الأموال-، وشركة الوجوه ليست في معناها لأن الشريك لا يعمل في مال معين بل هو يشتري بالنسيئة فاختلفاً^(١). والضابط يؤكد على ما سبق ذكره من أن الضمان في هذه الشركة إنما هو ضمان ثمن المشتري، بمعنى أن أصلاً مالياً قامت عليه الشركة واستحق الشريك بسبب التزامه حصة من الربح، أما مجرد الضمان الذي لا يقابله مال أو عمل فلا يستحق شيئاً، لأنه من الإثراء بدون سبب^(٢).

التطبيقات العملية:

أ) المضاربة تشتمل على شركة الوجوه في حالة ما إذا أخذ المضارب مالا بالنسيئة زيادة على رأس المال، فإن هذا المال المشترك يكون بينهما شركة وجوه، والمرونة التي تضيفها الوجوه على المضاربة من ناحيتين: (٣)

- في ربح الوجوه الاستحقاق بالضمان بحسب حصة كل منهما في المشتري وفي المضاربة بحسب الاتفاق.

- في الضمان: لا ضمان في المضاربة إلا بالتقصير، وفي الوجوه يكون الضمان بمقدار حصة كل من الشريكين في ثمن المال الذي تم شراؤه.

الفرع الرابع: ضوابط الربح في شركة المضاربة:

الضابط الأول:

[العامل في المضاربة هل يملك الربح بالقسمة أم بمجرد الظهور؟]^(٤)

وجاء الضابط بصيغة أخرى: [من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك هل يُعطى حكم من ملك أم لا؟]^(٥).

ويقصد بالقسمة التمييز، وتعرف بأنها: توزيع المقسوم إلى أجزاء متساوية بحسب حصة كل واحد من المستحقين^(٦)

ولما كان العامل في المضاربة لا يستحق شيئاً من المشروط له حتى يسلم رأس المال، لأن الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل ربح فلا شيء للعامل، فإن فضل بعد رأس المال ربح

(١) الزبلي، تبیین الحقائق، ٣/ ٣٢٢ .

(٢) انظر الصفحة: ١٩٢.

(٣) البجلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٧٩، ٨٠ .

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٣٦ - ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٧٤ - ابن رجب، تقرير القواعد، ص ٤٧٠ .

(٥) الشنقيطي، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، ص ٤٧ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٧ - ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي، ١/ ٢٨٧

استحق العامل نصيبه منه ابتداء بمجرد الظهور عند الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية في قول^(٢)، والشافعية في ظاهر المذهب^(٣)، والحنابلة في الراجح^(٤).
وجه هذا القول: (٥)

- ١- إن شرط الربح للمضارب شرط صحيح فيثبت مقتضاه من ملك العامل الربح بمجرد تحققه.
- ٢- ولأن الربح بما هو مال فلا بد أن يكون مملوكاً لأحد، ورب المال وإن كان له حق فيها إلا أنه غير متمحض له، فلما لم يكن لرب المال كان ملكاً للعامل.
- ٣- ولأن العامل يملك بظهور الربح أن يطالب بالقسمة، والقسمة من آثار الملك. وذهب بعض المالكية^(٦)، وهو القول الأظهر عند الشافعية^(٧)، والمرجوح عند الحنابلة^(٨) إلى أن العامل في المضاربة لا يملك ربحه إلا بالقسمة، وجه هذا القول:

 - ١- إن المضارب لو ملك ربح المال بالظهور لا يختص به، والأمر ليس كذلك؛ لأن مال المضاربة - ربحاً وأصلاً - لو هلك بعد الظهور فإن الهالك يحسب ابتداء من الربح حتى يسلم رأس المال.
 - ٢- والقول بأن العامل يملك الربح بمجرد الظهور يؤدي إلى أن يصبح العامل - إن شغل بالمال - شريكاً لرب المال في ما يخصه من الربح، والأمر ليس كذلك^(٩).
 - ٣- ولأن المالك لا يجبر على القسمة إن ادعى العامل ظهور الربح في المال وطالب بها حتى يتحاسباً، فلو كان العامل يملك الربح بمجرد الظهور لملك المفاصلة - بقوة حقه -^(١٠).
 - ٤- ولا يقال إن العامل في المساقاة يملك الثمرة بالظهور فكذلك العامل في القراض؛ لأن الأول إنما استحق نصيبه بظهور الثمرة في ما لا يُغاب عنه، وحقه يملكه ابتداءً لأنه لا ينتظر منه أن يسلم رأس المال إلى رب الأرض، وأما المضارب فإنه وإن كان له حق مالي إلا أنه متأخر في الاستحقاق حتى يسلم لرب المال أصله فاختلفا^(١١).

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١٤ .

(٢) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ٤٨، ٤٧.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤١٢.

(٤) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٧٩.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٣٣ .

(٦) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦٢.

(٧) الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٢.

(٨) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٣٣.

(٩) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤١٢ - ابن قدامة، المغني، ٥/ ٣٣.

(١٠) الماوردي، الحاوي، ٧/ ٣٢٧.

(١١) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٦٠ - ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٩٠ - البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٧٠.

التطبيقات العملية:

- ١- قرر الحنفية أن مال المضاربة إذا كان أجناساً مختلفة- من العروض والأسهم والنقود-، وكان كل واحد منها لا يزيد عن رأس المال، فإن ربح المضاربة لا يظهر؛ لأن بعضها ليس بأولى من بعض^(١).
- ٢- وعلى القول بأن العامل لا يملك ربحه بالظهور؛ لو اشترى العامل بمال القراض شقصاً- نصيباً-، وكان العامل يملك الشقص المبيع شركة مع البائع؛ فإن له أن يأخذه لنفسه بالشفعة ولو ظهر في المال ربح، لأنه لا يملك ربحه بمجرد الظهور عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).
- ٣- يعبر عن ظهور ربح المضاربة في أعمال البنوك؛ بالنقطة الزمنية التي يمكن فيها أن يعترف بالإيراد لقياس الربح في المضاربة^(٤).
- ٤- إن الربح في الشركات المساهمة اليوم لا يكون إلا بعد صدور قرار الهيئة العامة بتوزيعه، والمصادقة على ميزانية العمل والربح، بمعنى أنه لا يكفي بالظهور لاستحقاق الربح ما لم تتم المحاسبة التامة.
- ٥- ما يدفع من الربح في المصارف الإسلامية قبل التنضيف التام لا يكون ربحاً مستحقاً، وإنما هو مبلغ تحت الحساب^(٥)، وليس هناك ما يمنع شرعاً من وضع المصرف معدل متوقع للأرباح، ولكنه يمنع من توزيع الربح بشكل نهائي على أساس المتوقع، ويوزع على أساس الربح المتحقق حسب التنضيف الحقيقي أو الحكمي^(٦).
- جاء في قانون صكوك المضاربة السوداني: يجوز للمضارب أن يدفع - بحسب مؤشرات النجاح- وقبل التصفية الحقيقية للمشاريع الاستثمارية نسبة من الأرباح المتوقعة لكل من رب المال والمضارب، وتكون هذه النسبة خاضعة للتسوية بعد ظهور الموقف المالي الصحيح للمؤسسة أو عند التصفية^(٧).

(١) شيخ زاده، مجمع الأثر، ٢/ ٥١١ .

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ٣/ ٣٩٦ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/ ١٩٨ .

(٤) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٣٣.

(٥) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي (٤٠) الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، البند

. ١/١/٣

(٦) المرجع السابق، البند ٢/٥ .

(٧) قانون صكوك المضاربة السوداني لسنة ١٩٩٥، البند ١٨ عن موقع www.sudanjudiciary.org

الضابط الثاني:

[الربح لا يستحق إلا بتمام العمل] (١)

وبصيغة أخرى: [الربح لا يكون بالافتراض وإنما بالتحقيق والمحاسبة] (٢)

وهو ما عبر عنه الشافعية (٣)، والحنابلة (٤) باستقرار الملك والذي يستلزم من المضارب عند الشافعية تنضيض المال - تسييله - والمحاسبة التامة، وفسخ العقد بعد رد رأس المال في مثل جنسه وصفته، وإلا فإن العقد يستمر بأحكامه (٥).

وعند الحنابلة لا يلزم التسييل لما ثبت من صحة القسمة وإن لم تتميز الأعيان، ولأن القسمة عندهم تصح بالكلام (٦)؛ بمعنى أن القسمة لا تعني أن يتميز المال تميزاً تاماً، وأن يقبض كل ذي حق حقه، بل تصح عند الحنابلة بمفهوم التنضيض الحكمي، أي تقدير القيمة النقدية للعروض والأعيان عند التصفية لتحديد حقوق كل فريق (٧).

ويترتب على هذا الإجراء بعد القول بقسمة الربح:

- ١- أن من ادعى الغلط بعد المحاسبة لا يصدق (٨)، لأن مرور الربح بمراحل عدة من استحقاقه بالظهور وتملكه بالقسمة، ثم استقراره بالمحاسبة، الأمر الذي ينقطع معه أي اشتباه غلط في الربح، فيكون قول مدعي الخطأ باطل [لأنه مقر بحق آدمي فلم يقبل قوله بالرجوع] (٩)
- ٢- عدم استحقاق الوديعة المسحوبة قبل نهاية مدة الاستثمار من حقها في الربح وإن قلنا بظهوره عملياً، لأن الربح في حقيقته لا يستقر ملكاً للعامل في المضاربة إلا بالمحاسبة التامة، وهذه لم تقع.

٣- لا يصح إدراج أرباح إعادة التقدير ضمن أرباح المشروع إلا في حالة تغير الشكل القانوني للمشروع أو تغير بعض الشركاء، بمعنى المحاسبة التامة للمشروع الأول وفسخ العقد (١٠).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٠٧ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٦ - الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٠.

(٢) حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ١٠٨.

(٣) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤١٣.

(٤) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٧٥ - البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٥٤.

(٥) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤١٣ - الماوردي، الحاوي، ٦/ ٣٤٧.

(٦) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٥ - ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، ص ١٤٦.

(٧) شحاته، حسين، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للتنضيض الحكمي في المعاملات المالية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الثامنة عشرة، العدد العشرون، ص ١٤٥.

(٨) التسولي، البهجة، ٢/ ٣٦٢.

(٩) ابن قدامة، المعني، ٥/ ٤٥.

(١٠) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٩٦.

٤- تظهر مشكلة توزيع الربح في المضاربة المختلطة من خلال التفاوت في مواعيد بدء الاستثمار ونهايته-السحب في أوقات متفاوتة-؛ والحل هو في اعتماد حساب النمربناء على رأس المال المدفوع والمدة الزمنية وبما تحصل من أرباح إلى وقت معين، والذي يمكن إنجازه عمليا من خلال استخدام أجهزة الحاسب الآلي^(١).

٥- الواقع العملي المطبق في المصارف الإسلامية يتبع مبدأ الاستحقاق في إثبات الإيرادات في استثمارات الأموال في معظم قنوات الاستثمار، ولا يطبق مبدأ النضوض-وهو الأصل في الشركات والمضاربات- إلا في حالات نادرة^(٢).

٦- لا يعترف فقه المضاربة بالإيراد إلا إذا تم تحصيله خشية حصول خسائر بعد توزيع الربح بين العامل ورب المال، بمعنى المحاسبة التامة، وهو ما يعبر عنه محاسبيا بسياسة الحيطنة والحذر.^(٣)

الضابط الثالث:

[القسمة هل هي تميز حق، أم بيع وقع؟]^(٤)

والضابط: [القسمة هل هي إفراز أم بيع؟]^(٥)

ومقصود الضابط توصيف الحالة التي نتجت عن القسمة هل هي تصرف أدى إلى استقرار ملك كل شريك أو مستحق في مال مشترك، أم أن القسمة في حقيقتها -إن كان المقسوم من الأعيان- بيع الحصص وما قبضه كل واحد منهم هو ما استقر له من مبيع. والاستفهام في الضابط يشير إلى تعدد الأقوال؛ أما عند المالكية فإن مقتضى الشركة أن الربح يملك بالظهور، ومقتضى الإجارة-وعليها القراض- أن لا يملك الربح إلا بالقسمة والقبض^(٦)، والمذهب عند الحنابلة أن القسمة إن كانت قسمة إجبار-وهي ما لا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين للآخر ولا ضرر عليه- فهي إفراز لا بيع، وأما ما كان فيه رد عوض؛ فهي بيع^(٧)

(١) يسري، عبدالرحمن (٢٠٠٤)، وسائل التمويل الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٢٣ (٢٧٢)، ص ١١ - حمود، الأدوات التمويلية

للشركات المساهمة، ص ١١١

(٢) الأبي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٢٣٨، ٢٤٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٩٦-٩٧.

(٤) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ١٥٦.

(٥) ابن رجب، تقرير القواعد، ص ٨٢٥.

(٦) القرافي، الفروق، الفرق السابع والمائة، ١٩١/٢.

(٧) ابن رجب، تقرير القواعد، ص ٨٢٥.

التطبيقات العملية :

- إن كانت القسمة مجرد تمييز حق جازت قسمة الشركاء ما ملكوه من معدن الذهب أو الفضة كإلّا مع التسامح فيه، أما إن ترجح أنها بمعنى البيع؛ فالواجب مراعاة شروط الصرف^(١).
- وفي المضاربة لا تصح قسمة الديون بين المضارب ورب المال عند الحنابلة^(٢)، لأنّ الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل، ومقتضى القسمة التعديل، بمعنى أنها تمييز حق، شرطه التبادل والتساوي ما أمكن^(٣).

الفرع الخامس: ضوابط الربح في المزارعة:

الضابط الأول :

[في المزارعة الشرط إعلام جنس البذر لا قدره؛ لأنّ إعلام جنس الأجر شرط]^(٤)

الضابط يوضح واحدة من شروط صحة المزارعة، والتي ترتبط ارتباطاً جلياً بشرط الربح، وهو أن تحديد جنس البذر - النوع العام المراد زراعته - يلزم عند العقد وقبل العمل؛ لأنّ الأجر في المزارعة هو بعض الخارج، وتحديد الربح عند العقد وقبل العمل نوعاً وقدرًا هو شرط صحة عقود الشركة عموماً، إلا أنه في المزارعة اكتفى بتحديد جنس البذر لا قدره عند الحنابلة، لأنّ مقدار الخارج يُمكن توقعه من خلال العلم بمساحة الأرض^(٥).
في الوقت الذي اكتفى فيه المالكية بمعرفة المقدار؛ لأنّ شرط الربح في المزارعة أن يأخذ كل واحد من الطرفين بقدر ما أخرج لا أكثر ولا أقل^(٦).
أما الحنابلة فكان الشرط عندهم معرفة جنس البذر ومعرفة قدره كالشجر في المساقاة؛ لأنها معاقدة على عمل فلم تجز على غير معلوم، ولا يتحقق العلم - المانع من المنازعة - إلا بضبط الجنس والقدر^(٧).

(١) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ١٥٦ .

(٢) ابن قدامة، المعنى، ٤٩/٥ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) شيخ زاده، مجمع الأثر، ٥٩٤/٢ - البهوتي، كشف القناع، ٥٧٤/٣ .

(٥) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٣٤، ص ٧٦١

(٦) الخرشى، حاشية الخرشى، ٦٦/٦ .

(٧) البهوتي، كشف القناع، ٥٧٤/٣ .

الضابط الثاني:

[كل موضع احتمال إنشاء العقد احتمال الزيادة، وما لا فلا] ^(١)

والضابط يجيب عن السؤال التالي: هل يصح تغيير مقررات الشركة في الناتج في عقد المزارعة؟

وللإجابة عليه نقول: الزيادة والحط في المزارعة إما أن تكون من المزارع، أو أن تقع من صاحب الأرض، وفي كل منهما؛ إما أن يكون البذر من قبل المزارع، وإما أن يكون من صاحب الأرض، ثم تختلف بعد ذلك بين أن تقع بعدما استحصد الزرع، أو قبل أن يستحصد: - فإن كان البذر من العامل وجاءت الزيادة بعد أن استحصد الزرع، ورضي بها صاحب الأرض؛ فإن الزيادة لا تصح، والخارج بينهما على الشرط؛ لأنها زيادة على الأجرة بعد انتهاء العمل و استيفاء المعقود عليه - منفعة الأرض -، وهو لا يجوز لأنهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لم يصح، فكذلك الزيادة عليه ^(٢).

- أما إن جاءت الزيادة من صاحب الأرض للعامل - وعلى نفس الفرض السابق - فإنها تصح لأنها من الحط في الأجر، وهو لا يستلزم قيام المعقود عليه ^(٣).

- وأما إن كان البذر من صاحب الأرض، وجاءت الزيادة منه للعامل قبل يستحصد الزرع جاز، وأما بعده فلا؛ لأن رب الأرض قد استوفى منفعة العامل، ولا محل لإنشاء العقد بعده ^(٤).

- وإذا كانت الزيادة من المزارع فإنها تصح قبل الحصاد وبعده؛ أما قبله فلأنها وقعت موقعها لأن المحل يصلح لإنشاء العقد، وأما بعده فلأنها من باب هبة الحق ^(٥).

والحكم كذلك في المساقاة؛ بأن الزيادة من أحدهما للآخر إنما تصح في ما لم يتناه نضج الثمر على الشجر وإلا بأن تناهى عظم البسر ^(٦) جازت الزيادة من العامل لرب الأرض ولا يجوز منه إلى العامل؛ لأن المحل لا يحتمل الزيادة للأجير ^(٧). وأما الحط فلا يرتبط باحتمال الإنشاء كما في المزارعة ^(٨)، يؤكد الضابط [الحط يلتحق بأصل العقد] ^(٩).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٨٧ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٨٢ .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٨٢ .

(٦) البسر هو: البلح إذا عظم، ونبات بئر: إذا كان طرياً، انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ١/ ٢٤٩ - النسفي، طلبية الطلبة، ص ٢٧٧ .

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٨٧ .

(٨) المرجع السابق، ص ١٨٧

(٩) حمزة، الفرائد البهية، ص ٢٣١ .

ويعرف الحط بأنه هبة شيء من الثمن قبل قبضه؛ وهو قبل القبض لم يستقر فجاز الحط فيه، أما بعد القبض فلا يلتحق^(١)، ويؤكد أنه [كل عقد أعيد وجدده، فإن الثاني باطل]^(٢) لاستقرار حكم الأول، فلا ينقضه الثاني.

التطبيقات العملية:

١- لم تلتزم معايير هيئة المحاسبة الإسلامية، بتحديد زمن تغيير الربح في مرحلة ما قبل العمل، أو قبل ظهور الربح، بل جاء النص بجواز اتفاق الطرفين - المصرف والعميل - على تغيير نسبة توزيع الأرباح في أي وقت، مع بيان الفترة التي يسري عليها هذا الاتفاق^(٣)، وهو وإن لم ينص على مناط هذا الحكم إلا أن الخشية أن تكون الغاية منه اعتبار سعر الفائدة عند تحديد نسبة الربح، وهذا ما نتوقع أن تكون المصارف الإسلامية قد تخلصت منه.

٢- من البدائل الشرعية لأداة سعر الفائدة التي يستخدمها البنك المركزي مع البنوك عموماً؛ التقليدية منها والإسلامية، تنظيم نسب المشاركة في الأرباح، وهي على نوعين: تعديل نسب ربح المودعين الشائعة في البنك الإسلامي، وتعديل نسب الأرباح بين البنك الإسلامي والمستثمرين وفقاً لصيغ التمويل الإسلامي. والشرط للقول بصحة هذه التغييرات أن تكون بالنسبة للعقود الجديدة وليس السابقة منها، والأداة المقترحة لتعديل نسبة الأرباح هي أنه يمكن للبنك المركزي أن يقرر الحد الأعلى والحد الأدنى لنسب توزيع الأرباح الشائعة بين البنك الإسلامي والمودعين لديه^(٤).

والعبرة هنا أن التغيير لم ينل ما تقرر ربحه سابقاً، وأن نسب الربح حتى تتحرر من ارتباطها بسعر الفائدة يمكن أن يكون الحل بأن يجعل لها حد أعلى وأدنى يتفق عليه سلفاً عند التعاقد ولا يترك مطلقاً.

(١) حمزه، الفرائد البهية، ص ٢٣١ .

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٢٠٩ .

(٣) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (٤٠)، حسابات الاستثمار وتوزيع الأرباح، البند ٣/٤. والسبب في اعتماد المصارف الإسلامية على معدلات الفائدة عند تحديد نسبة الربح في حسابات الاستثمار، أو هامش الربح في عقود المرابحة؛ أن البنك المركزي ألزمهم بمراعاة نسب الفائدة كمعيار لما رأى زيادة إقبال المتعاملين معهم عندما كانت نسب ربح الاستثمارات أعلى من الفائدة، وأدنى من فوائد القروض في المرابحة.

(٤) السرحي، لطف (٢٠٠٢)، تطوير علاقة البنوك الإسلامية بالبنك المركزي في اليمن، وقائع ندوة دور المؤسسات المصرفية

الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة، ١ / ١٤٥ .

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية المتعلقة بالخسارة:

المطلب الأول: ضوابط عامة في الخسارة:

وتعرف الخسارة بأنها هلاك مال الشركة كله أو بعضه حقيقة - النقصان في عدده -، أو حكماً - النقصان في قيمته -^(١).

الضابط الأول:

[الضرر والخسار يعود في كل حال على رب المال]^(٢)

- والضابط: [الوضيعة على قدر المال]^(٣)

- وفي المضاربة: [الوضيعة في المضاربة على المال وحده]^(٤)

- وجاء التعليل بصيغة الضابط في حق العامل لأنه: [ليس على من قاسم الربح ضمان]^(٥)

والدليل عليه ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: "الربح على ما اصطلاحاً والوضيعة على المال"^(٦)

والفرق بين الضرر - التالف - والخسارة؛ هو أن الأول ما حصل من غير تحريك المال^(٧)، كما لو حصل نقص في قيمة البضاعة أو الأصول بدون بيع لها نتيجة عوامل اقتصادية من كساد وغيره، أو سياسية كالمنع من تصدير البضاعة، وأما الخسار فهو ما نشأ عن تحريك المال أو هي النقص الناتج عن البيع بأقل من التكلفة كما لو حدث رخص في سعر البضاعة^(٨).

والخسارة أو التالف في الشركة والمضاربة تلحق رب المال، وفي المزارعة والمساقاة تلحق رب البذر ورب الشجر؛ لأن الفائت هو جزء من المال فيكون على صاحبة، وأما العامل - من المضارب والمساقى والمزارع - فلا يخسر إلا عمله، وكذلك الحال بالنسبة لشريك الأموال فهو أمين على ما في يده من المال، وهلاك المال في يد الأمين - من غير تعدد - كهلاكه في يد صاحبه؛ لأنه قاسمه الربح فلا ضمان عليه في الأحوال العادية^(٩).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٩ - الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٠

(٢) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٢٨، ص ٧٥٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٢ - عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/٣٥٤ - الكرمي، غاية المنتهى، ٢/١٦٦.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦٩.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة، أبو بكر عبدالله بن محمد، (ت ٢٣٥هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ط ١، ٧م، (تحقيق كمال

يوسف الحوت) مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ، باب في المضاربة والعارية والوديعة، ح (٢١٤٥٦)، ٤/٣٩٨

(٦) ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب من قال الربح على ما اصطلاحاً عليه والوضيعة على رأس

المال ٤/٢٦٧.

(٧) العدوي، بهامش حاشية الخرشي، ٦/٤٦.

(٨) الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٩٠ - الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٦٠.

(٩) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٢.

وعليه لو اشترطاً التفاضل في الخسران مع تساوي المالين، أو أن يتساويا في الخسران مع تفاوت حصة كل شريك المالية؛ ففسد العقد لمخالفته موضوع الشركة.^(١)

ومن تطبيقات الضابط العملية:

- ١- ما يُعرف بشرط الأسد: وهو اشتراط الشريك عدم تحمل الخسارة^(٢)، بمعنى أن تكون مشاركته في الأرباح فقط، وهو شرط تبطل معه الشركة شرعاً، لأنه ناقض مقتضى العقد.
- ٢- الضابط يكشف عن وجه الحرمة في السندات-بالإضافة إلى ما فيها من الربا- من أن حامل السند يستحق حصته من الربح دون أن يتحمل الخسارة، وبالمقابل يظهر وجه إباحة السهم-كمبدأ عمل في الشركات- لأن مالكة يتحمل الربح والخسارة.
- ٣- لا يدخل في مفهوم الخسارة شرعاً فوات فرصة الربح، ولا انقضاء الزمن دون زيادة في المال-تكلفة الفرصة الفائتة-^(٣).

الضابط الثاني:

[ما هلك من مال المضاربة يهلك من الربح]^(٤)

[التالف بعد التصرف في مال المضاربة من الربح لا من رأس المال]^(٥)

وكان الضابط هنا مع ما سبق يبين أولويات الخصم في حال حصول خسارة أو نقص للمال في المضاربة فينظر؛ فإن كان في المال ربح كانت الخسارة منه، وأما ما زاد عن رأس مال المضاربة-بعد خصم الخسارة- فإنه يوزع بحسب الاتفاق ربحاً مشتركاً بين رب المال والعامل. وفيّ الضابط الخسارة التي تجبر من الربح بأن تكون بعد تحريك مال المضاربة؛ لأن المال إن تلف قبل الشراء للمضاربة وقع على رأس المال، ولا يجبر العامل على أن يستمر في العقد، والسبب في ذلك؛ أن كل طرف في المضاربة يتحمل من الخسارة من جنس ما قدم، فيخسر رب المال من ماله، ويخسر صاحب العمل جهده ونتيجة عمله.^(٦)

ومما عده الفقهاء من التالف؛ النفقة في المضاربة الصحيحة سواء كانت نفقة سفر، أو نفقة حضر مشروطة، لأن النفقة اسم للجزء الهالك من المال والهالك يصرف من الربح، حتى إذا خلا المال من الربح فهل تحسب النفقة من رأس المال؟

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ٢٢٨/٣، ولم أجد من أجاز التفاوت في شرط الخسارة مع تساوي المال بين الشركاء إلا عند:

الطباطبائي، محمد، العروة الوثقى، ط ١، ١٩٩٠، دار الإسلامية، بيروت، ٥٢٦/٢

(٢) سويرة، أنور، شركات استثمار الأموال، ص ٤٥

(٣) الأبي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٣٨.

(٤) الغنيمي، اللباب، ٨٥/٢

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٢/٦ - ابن قدامة، المغني، ٤٠/٥

(٦) حمود، الأموال التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٤٦.

وجاء هذا السؤال بصيغة الضابط: [إذا تعلق الحق بمعين؛ فهل يسقط ذلك الحق بسقوط ذلك المعين؟] (١)

أما عند الحنفية فإن كل مؤنة تلزم في الشركة تلحق برأس المال (٢) والنفقة في ضرورات العمل منها، وأما في المضاربة فإنها تحسب من الربح أولاً إن كان في المال ربح، وإلا فمن رأس المال (٣).

وعند المالكية إذا أنفق المضارب من غير مال القراض، ثم تلف المال، أو زادت النفقة عن المال لم يتبع رب المال بشيء عندهم، فلا تكون النفقة إلا في الربح (٤).

التطبيقات العملية:

- إذا دفع رب المال إلى رجلين مالا قراضا على النصف، فنض المال وهو ثلاثة آلاف، وقال رب المال: رأس المال ألفان، فصدقه أحدهما، وقال الآخر: بل هي ألف؛ فالقول للمنكر بيمينه، فإذا حلف كان نصيبه من الربح خمسمائة، وما بقي - ألفان وخمسمائة - يأخذ رب المال منها ألفين؛ لأن الآخر يصدقه والباقي - خمسمائة - تُوزع ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثاً؛ لأن نصيب رب المال نصفه، ونصيب العامل ربعه، وما أخذه الحالف منهما في ما زاد عن نصيبه كالتالف منهما (٥).

- إن إدراج الزكاة قبل توزيع الربح - في الحسابات الختامية لبعض البنوك الإسلامية - يفيد ضمناً حساب الزكاة كعبء على الأرباح، والحقيقة أن الزكاة تحسب كتوزيع للإيراد وليست عبئاً (٦).

- ومن التطبيقات العملية لمواجهة مخاطر الخسارة في مال المضاربة: (يجوز للجهات المصدرة أن تتكافل وتتعاون في ما بينها، ومع غيرها لإنشاء صندوق لجبر المخاطر التي يتعرضون لها، ويجوز للجهة الواحدة أن تنشئ صندوقاً من إصداراتها المختلفة على سبيل التبرع والتكافل) (٧).

- يشترط في عناصر التكلفة الواجبة الخصم من ربح المضاربة: أن تكون هذه النفقات تكلفة مباشرة خاصة بنشاط المضاربة، وأن يتم إدراج التكلفة على أساس تاريخي - التكلفة الدفترية؛ وهي ما تم دفعه فعلاً للحصول على السلعة أو الخدمة في تاريخ شرائها طبقاً للعرف

(١) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ١٨١ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧١/٦ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٧/٦ .

(٤) التسولي، البهجة، ٣٦٢/٢ .

(٥) ابن قدامة، المغني، ٤٥/٥، ٤٦ .

(٦) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٢١٧ .

(٧) المادة ١٩ من قانون صكوك التمويل اليمني لسنة ١٩٩٥ .

السائد، وأن لا يتم تغطية خسائر من نوع معين من مخصص نوع مغاير، وإلا إذا اضطرت الإدارة إلى ذلك فيجب عليها توضيح ذلك في القوائم المالية المنشورة.^(١)

الضابط الثالث:

[المسترد شائع ربحا وخسرانا على النسبة الحاصلة من جملي الربح ورأس المال]^(٢)

[توزع الخسارة على رأس المال وعلى المال المسحوب من حساب رأس المال، بحسب نسبة

الخسارة إلى مجموع المال الكلي]^(٣)

والضابط يكشف عن واحدة من ثلاث حالات يقع فيها استرداد رب المال بعض ماله بغير رضا العامل في المضاربة^(٤).

وصورة المسألة: إن استرد المالك بعض ماله بعد ظهور الخسارة في المال، فإن الخسارة توزع على المال المسترد وعلى ما بقي بعده.

والنتيجة التي يتوصل إليها هنا هو أنه لا يلزم العامل جبر حصة المسترد ولو ربح المال بعد ذلك^(٥)؛ فإذا كان رأس مال المضاربة مائة، ثم وقعت خسارة بمقدار عشرين، واسترد بعدها المالك من ماله عشرين أخرى؛ فإن رُبع العشرين - التي هي جميع الخسران - يكون المسترد منها خمسة، وكان رب المال قد استرد خمسة وعشرين، ويكون رأس المال هو الباقي بعد المسترد وبعد حصته من الخسارة وهو خمسة وسبعون^(٦).

ومن تطبيقات الضابط العملية:

- ما يعرف بشرط التخصيص: الذي يعطي شركة التأمين الحق في مطالبة حاملي الوثائق بمقدار نصيبهم في الزائد من الخسارة على الأقساط لسداد التعويضات المطلوبة^(٧).

(١) الأبي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٤٠ - ٤٧

(٢) النووي، روضة الطالبين، ١٤٤ / ٥ .

(٣) صنعت هذا الضابط من الأمثلة العملية الواردة في: الشربيني، معني المحتاج، ٤١٧/٣ - الماوردي، الحاوي، ٣٣٥ - ٣٣٥ - الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٣ .

(٤) انظر الحالات الأخرى: الشربيني، معني المحتاج، ٤١٨/٣

(٥) الشربيني، معني المحتاج، ٤١٧ / ٣ ، ٤١٨

(٦) المرجع السابق.

(٧) ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، من أجوبة الاستفسارات المقدمة لهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي، ص ٢٧٤

المطلب الثاني: ضوابط الخسارة الخاصة ببعض الشركات:

الفرع الأول: ضابط الخسارة في شركة الأعمال:

ضابط :

عند الحنفية: [الوضعية لا تكون بين شريكي الأعمال إلا على قدر الضمان]^(١)

وعند المالكية: [الخسر في الأعمال بقدر العمل]^(٢)

والخسارة في شركة الأعمال كالربح، ترتبط بما شرط على كل واحد من العمل عند الحنفية؛ لما استقر من أن العمل في هذه الشركة كالمال في الشركة بالأموال وفيها يتحمل المال وحده الخسارة فكذا هنا.

فإذا شرطاً أن ما يتقبلانه فتلتاه على أحدهما وثلثه على الآخر، كانت الخسارة بحسبه، فإن خالفاً وشرطاً - كما هو فرض المثال - الخسارة على النصف بطل الشرط، ووقعت الخسارة بقدر ما شرط من ضمان العمل^(٣).

والعبرة عند المالكية في التساوي بين الشريكين عملاً وربحاً وخسارة، أما لو كانت قيمة عمل أحدهما الثلثين - لمهارته - وقيمة عمل الآخر الثلث ودخلا على أن ما يحصل بينهما على النصف فسد العقد^(٤)، وعليه إذا تلف ما وقع عليه العمل في الشركة كان ضمانه منهما؛ كما لو اشتركا في عمل نجارة أثنان على النصف، ولم ينل حظه من البيع، فإن خسارة العمل وما قامت عليه مؤنته يتحملة كل واحد منهما^(٥).

ومن صور الخسارة في شركة الأعمال:

- في شركات أعمال المقاولات - البناء - قد يحدث وتتنخفض أسعار العقار الذي تم بناؤه، ولا تغطي أرباح البيع كلف العمل المادية، والتنفيذية، وخبرات الإشراف الهندسي، فيتحمل الشركاء الخسارة بحسب نسبة ضمان العمل من كل منهم.

- في شركات أعمال المحاماة إن كان شركة بين ثلاثة على الثلث ربحاً وخسارة، وكانت إيرادات عملهم لا تغطي التكلفة التشغيلية، فإن كل واحد منهم يخسر بحسب ما شرط له وعليه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٧ .

(٢) من مفهوم الضابط في الربح: الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٧٥ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٥ .

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٥٤ - التسولي، البهجة، ٣/ ٣٥٣ .

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٥٤ - الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٧٦ .

الفرع الثاني: ضابط الخسارة في شركة الوجوه:

ضابط :

[الوضعية في شركة الوجوه على قدر ملكيها في المشتري]^(١)

والكلام في الضابط مستمر مع ما تقرر من أن الذي يتحمل الخسارة في الشركة إنما هو المال، وفي شركة الوجوه لما كان الشراء بالنسيئة يعني ضمان كل شريك ما اشترط عليه من ثمن حصته في المشتري، فإن الخسارة تلحق كل واحد منهم بقدر ما التزمه من ضمان الثمن. فإذا اشتركا على أن يشتريا الصوف بالنسيئة وبيعا، وأن يكون المشتري بينهما على النصف كانت الخسارة على ذلك الشرط، وإن اتفقا على أن يكون المشتري بينهما على الثلثين والثلث، كانت الخسارة بينهما على نفس النسبة؛ لأن ربح الوجوه والخسارة فيها تتعلق بالضمان؛ وهو ما ثبت في ذمة كل شريك من ثمن حتى إذا خالفا واشترطا أن تكون النسبة بينهما في المثال على النصف، فالشرط باطل^(٢).

الخسارة في شركة الوجوه؛ لما كان الفاضل من قيمة الأثمان بينهما ربعا مشتركا فإن الخسارة هي ما وجب عليهما من ثمن زائد عما التزمه في ذمتها؛ وسببه أن تزيد تكاليف السلعة، أو تقل قيمتها عند بيعها.

ومن التطبيقات العملية:

- إذا اشترى الشركاء بالدين عقارا تحت الإنشاء لتجارة الشركة، ثم حصلت أزمة عقارية فانخفض سعر العقار المقرر أن تبيعه الشركة عن تكلفته الحقيقية؛ فإن خسارة الشركة تظهر في ناحيتين: ثبوت ثمن المشتري دينا على الشركاء بقيمة عالية، ثم النقص في القيمة السوقية للعقار عن الكلفة الحقيقية المدفوعة فيه.

- التعثر في سداد الدين في شركة الوجوه هو من أشكال الخسارة، وكذلك شراء السلعة بالدين - ولتكن العقارات بالتقسيط - ثم ينخفض سعرها عن قيمة الدين - سعر الشراء بالتقسيط - ويبقى الدين في الذمة، دون أن يباع العقار.

- في شركات الوساطة ببيع الأسهم مثلا؛ يتحمل كل واحد من الشركاء الخسارة الواقعة من تدني - انخفاض - فرق سعر ذمم البيع عن ذمم الشراء، بحسب ما اشترط عليه من ضمان ثمنها.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٥.

الفرع الثالث: الضمان في الشركة والمضاربة^(١):

كان من ضرورات البحث في ضوابط الخسارة في الشركة أن نقف عند حكم الضمان في مال الشركة والعقود الملحقة بها.

ويقصد بالضمان: أداء مثل المال إن كان مثليا-كالنقود- وقيمته إن كان قيمياً- وذلك فيما إذا صار من العروض-^(٢)، وغايته: جبر الأضرار التي لحقت برب المال بسبب سوء -تقدير- عمل المضارب أو عدم التزامه بالشروط المتفق عليها ابتداءً؛ بمعنى إلزام الشريك أو العامل بإعادة رأس المال^(٣).

والضوابط في الضمان جاءت على نوعين؛ بحسب مدى تدخل إرادة العامل أو الشريك في إيقاع الضرر:

النوع الأول: الضمان في الأحوال العادية:

١- الضابط عند الحنفية: [مال الشركة في حكم الوديعة، لا يضمن بغير تعد أو تقصير]^(٤). وفي المزارعة: [في كل موضع ترك المزارع الحفظ مع إمكانية ضمن لا بدونه]^(٥).

ضابط: [المضاربة صحيحة أو فاسدة فالمال أمانة عند المضارب وذلك عند أبي حنيفة، وعندهما إن كانت فاسدة فالمال مضمون، وظاهر الرواية عدم الضمان في الكل]^(٦).

٢- وعند المالكية: [لا ضمان على شريك في ما هلك بيده من مال الشركة أو خسر، مفوضا كان أو غير مفوض]^(٧).

(١) يرى بعض المعاصرين أن رضا العامل بتحمل الخسارة مع رب المال ينبغي أن لا يمنع لأن، للعامل أن يأخذ أجره زائدة من رب المال إن اشترطه، فلم يمنع الشرط بأن يتحملا الخسارة؟ وأقول بل يمنع لأن ذلك يخالف القاعدة الشرعية بأن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، والرضا من الشريكين إنما يطلب بعد حصول الموافقة الشرعية الأولية للفعل، ثم إن في هذا التساهل المبطن ذريعة ينبغي أن تسد قبل أن تفتح وتصبح أصلا في التعامل تحت ستار توافق الإيرادات على هذا الشرط، مع ما قد يشوبه من إذعان في بعض الأحيان. ولأن في هذا الشرط جنوحا عن أصل العدل الذي بنيت عليه الشركة، لأن فيه تحميل لأحد الأطراف الخسارة أكثر من غيره، والعامل لو كان يملك مالا مع حذقه في العمل لم يعمل لغيره، فكان في هذا الشرط خروجاً عن مقتضى العقد والعدل والحق. وأرى في هذا القول نزعة مادية صرفة؛ أضف إلى ذلك أنها وقفت إلى جانب القوي على حساب الضعيف، وكان تقوية الضعيف بالأجرة -وأراها من باب تبرع الغني- رآته مبررا لتحميله فوق طاقتة. والله تعالى أعلم. انظر تفصيل الرأي: الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٦٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٩/٧.

(٣) البجلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ٥٥.

(٤) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٣٥٠، ص ٧٢٠.

(٥) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣١٥.

(٦) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/٥١٣.

(٧) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ٢٢٦.

النوع الثاني: الضمان في الأحوال المتعدية:

١- الضابط عند المالكية: [كل من أخذ مالا لينمي له لربه فتعدى في ذلك المال كالوكيل على بيع شيء واتجر به فحصل خسر أو تلف يكون عليه، وإن حصل ربح فهو لرب المال وحده نظرا لما دخلا عليه ابتداء، بخلاف عامل القراض إذا شارك في المال أو باع بدين أو نحو ذلك بغير إذن ربه فخسارته عليه وحده، والربح له ولرب المال على ما دخلا عليه ابتداء] (١).

[وكل من أخذ المال لا على وجه التنمية كالمودع والغاصب والوصي إذا حركوا المال إلى أن نما بالتعدي إن الربح لهم والخسارة عليهم] (٢).

٢- وجاء الضابط عند الحنابلة: [العين المتعلقة بها حق لله تعالى أو لآدمي؛ إما إن تكون مضمونة أو غير مضمونة، فإن كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال، وإن لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالإتلاف إن كان لها مستحق موجود وإلا فلا] (٣).

ومجموعة الضوابط الأولى تؤكد المبدأ العام الذي قام عليه عمل الشركة في كل أقسامها؛ من أن كل شريك هو وكيل وأمين في مال الشركة، وأن من مقتضيات الوكالة صحة التصرف بالمال، وأن من مقتضيات الأمانة أن لا يضمن المال الذي في يد الشريك، إلا إن خرق نظام الشركة وخالف مقتضاها. ومما يستوجب الضمان في مال الشركة أن يثبت تعدى الشريك؛ واختلف في معنى التعدي: - قيل: هو أن يتصرف في متاع الشركة بصورة يتضرر بها الآخر، من غير إذن الشريك الأخر أو رب المال في المضاربة (٤)، كما لو باع البضاعة بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله - التحريك السلبي للمال - فإن الواجب عليه هو ضمان النقص في المال (٥)، والضابط فيه: [الضرر ينجبر بضمان النقص] (٦).

وقيل: التعدي هو مطلق المخالفة - وإن حصول التعدي في مال الشركة أو القراض لا يعني دائما الخسر - ولا تقف عند حد إيقاع الضرر (٧)؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء في إيجاب العوض، وعلى الشريك ترميم آثار عمله بالمخالفة (٨).

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٢١٥.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/ ٢١٥.

(٣) ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة ١٣٨، ص ٦٤٢.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٧.

(٥) الأبجي، كوثر، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، ص ٦٣.

(٦) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٢٥.

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٧.

(٨) المرجع السابق، ص ٥٢٦.

وعليه فإن أي تعريض من العامل لمال الشركة أو المضاربة للضياع؛ فإنه مضمون عليه^(١)، والضابط فيه: [الغرور في العقود من أسباب الضمان]^(٢).

ومن نماذج المخالفات بناء على ما استقر من أحكام الشركة والقراض:

١- إن خالف المضارب شرط رب المال في المضاربة المقيدة، ولم يكن فيه مع مصلحة رب المال تحجير على العامل؛ كتخصيصه العمل في مجال تجارة الملابس مثلاً، فعمل بالطعام ضمن^(٣).

٢- إن خالف المضارب في المضاربة المطلقة ما وجب بمقتضى العقد؛ كما لو دفع مال المضاربة مضاربة إلى آخر، أو شارك في المال، أو خلطه من غير إذن رب المال، ضمن^(٤).
٣- وفي المزارعة والمساقاة إن قصر العامل في الحفظ؛ كما لو غاب العامل عن الزرع أياماً مع حاجاته للسقي، أو أن يترك تظليله في الصيف في ما احتاج إلى الظل، لا إن هلك الزرع بوباء عام، أو طغيان جراد في سنة بلاء.

ويمكن إيجاز الأقوال في تضمين المضارب المال بسبب مخالفته العقد بما يلي:

- يتحمل المضارب الخسارة التي تحصل بسبب تلك المخالفة، ويبقى الربح بينهما على الشرط، وذلك عند المالكية والشافعية^(٥).

- المضارب مع المخالفة يصير بمنزلة غاصب المال؛ له ربحه وعليه ضمانه إن هلك؛ لأن الربح يستحق بالضمان وذلك عند الحنفية^(٦).

- يستحق المضارب الأجر وإن خالف وتعدى؛ وهو إما أجر المثل أو الأقل منه ومن المسمى، وذلك عند الحنابلة^(٧).

التطبيقات العملية:

أ) إذا كان الاستثمار في صكوك المضاربة أو المشاركة؛ فإن مدير الصكوك ضامن رأس المال بالقيمة الاسمية في حالات التعدي أو التقصير، ومخالفة الشروط مضارباً كان أم شريكاً أم وكيلًا بالاستثمار^(٨).

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦.

(٣) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٢١/٣.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣ - الشربيني، معني المحتاج، ٤٠٨/٣، ٤١١.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٦/٦.

(٧) ابن قدامة، المعني، ٤١/٥.

(٨) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار الضمانات، البند ٧/٧.

الفصل الرابع: الضوابط الفقهية المتعلقة بانتهاء الشركة:

المبحث الأول: الضوابط العامة لانتهاء الشركات:

المطلب الأول: فسخ الشركة.

المطلب الثاني: طروء عوارض الأهلية:

الفرع الأول: الموت

الفرع الثاني: الجنون

الفرع الثالث: الردة

المطلب الثالث: إخلال أحد الشركاء بشروط الشركة.

المبحث الثاني: الضوابط الخاصة بانتهاء بعض أنواع الشركات:

المطلب الأول: انتهاء المدة في الشركات المؤقتة.

المطلب الثاني: هلاك المال في الشركة.

المطلب الثالث: الشركة الفاسدة.

الفصل الرابع: الضوابط الفقهية المتعلقة بانتهاء الشركة^(١):

تمهيد:

والكلام في هذا الفصل يعرض الأسباب العامة والخاصة التي تقتضي إنهاء الشركة، وتصفية أعمالها .

والمبدأ العام الذي يحكم ضوابط الانتهاء هو أن [الشركة عقد جائز غير لازم لبقائه حكم الابتداء به]^(٢)، وأن [كل ما يخرج الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة]^(٣) مما يعني ضرورة تحقق شروط الرضا بالعقد، وأهلية العاقدين، واستكمال شروط رأس المال، وقابلية العمل للتوكيل طوال فترة العقد.

وأعرض في ما يلي ضوابط الانتهاء في مبحثين؛ أتناول في الأول منهما ما كان من الأسباب العامة لانتهاء الشركة بأنواعها المختلفة؛ لارتباطه بأركان العقد الرئيسية، وأتناول في الثاني ما ارتبط بسبب من الأسباب الخاصة، أو بوصف من أوصاف الشركة.

المبحث الأول: الضوابط العامة لانتهاء الشركات :

المطلب الأول: فسخ الشركة :

الضابط الأول :

- عند الحنفية الضابط في أنواع العقود- ومنها الشركة- [العقود أقسام: لازم من الجانبين - كالبيع-، وجائز من الجانبين- كالشركة والمضاربة-، وجائز من أحد الجانبين- كالرهن-]^(٤) - وعند المالكية جاء الضابط: [الأصل في العقود أن تكون لازمة لا منحلة؛ لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها]^(٥)

- وجاء الحكم مع تعليقه عند الشافعية والحنابلة بأن [عقد الشركة عقد إرفاق فكان جائزا كالوكالة]^(٦) .

(١) أعرض في هذا الفصل أهم ما تناوله الفقهاء من أسباب انتهاء الشركة- ولا يعني ذلك أنها الأسباب الوحيدة- ولكن لشموليتها، وهي أصل لغيرها مما عد من أسباب الانتهاء الثانوية .

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣١٦ - ٣٢٣ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٦٥ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٧٨ - الغنيمي، اللباب، ٢/٨٣ .

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٣٦ - ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١/٣٧٥ .

(٥) الشنقيطي، إعداد المهج، ص ٢٣٩ .

(٦) الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٧١ - ابن قدامة، المغني، ٥/٧١ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩/٣٤١

وأتناول هذه الضوابط بالتوضيح من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: توضيح مفهوم الفسخ، وشرح مصطلحات الضابط:

ويقصد بالفسخ: (حل ارتباط العقد، وبطلان الإذن في التصرف)^(١)، بمعنى إنهاء ما ترتب على انعقاد الشركة من التصرف بالمال على وجه الوكالة، وما تضمنه القبض فيها من معنى الأمانة. وأما العقد اللازم فهو: الذي لا يقبل الفسخ^(٢).

والكلمة في الضوابط تكاد تتفق عند الفقهاء جميعاً - إلا ما انفرد به المالكية^(٣) - على أن حكم الشركة هو الجواز، مع إقرارهم بأن الأصل في العقود أن تكون لازمة وصحيحة؛ لأنها إنما شرعت لنقل الملك، أو تثبيته، أو تسويغه^(٤)، وفي الفسخ تعطيل لحكمها. ومع ذلك فإن الضوابط تكشف عن وجه القول بالجواز؛ وهو أن العقد إنما هو عقد إرفاق لما فيه من توكيل بالعمل على وجه الأمانة، وإن مما استقر عليه حكم الوكالة ثبوت حق الموكل في عزل الوكيل باعتباره يتصرف في مال غيره.

وجاء تعليل حكم لزوم عقد الشركة عند المالكية: (إن العقود قسمان: مستلزم لمصلحته عند العقد، مشروع على اللزوم تحصيلاً للمصلحة، وترتيباً للمسببات على أسبابها، وهو الأصل كما في البيع. وقسم لا يستلزم مصلحته كالفراض، فإن المقصود هو الربح، وهو غير حاصل، بل ربما ضاع تعب العامل وخسر، فجعلت هذه العقود جائزة نفيًا للضرر عن المتعاقدين، لأنه قد تظهر إمارته، فلا يلزم بما يتوقع ضرره)^(٥).

وكان سبب اللزوم هو ما جاء في تعريف الشركة عند المالكية بأن كل واحد من الشركاء باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه - وفي شركة الأعمال تمت مبادلة المنافع - ثم وكل كل واحد منهم صاحبه النظر في الجزء الذي بقي في يده^(٦). وبناء على القول بلزوم الشركة عند المالكية؛ فإن أحد الشركاء إذا أراد فسخها وامتنع الآخر، عمل بامتناعه، حصل خلط في المال أو لم يحصل^(٧).

(١) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٢٣٤/١ - الماوردي، الحاوي، ٤٨٤/٦.

(٢) السبكي، الأشباه والنظائر، ٢٣٤/١.

(٣) سار في ركب الجمهور بالقول بجواز عقد الشركة ابن رشد من المالكية، أما اللزوم فقال به أغلب رجال المذهب، مع مواقع من اختلاف شديد في حكمه، وانتقاد داخلي بين رجاله. انظر: القرافي، الذخيرة، ٥١/٨.

(٤) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ١٨٧/٢.

(٥) القرافي، الذخيرة، ٥٥/٦.

(٦) انظر تأصيل عقد الشركة: ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٧٨/٢.

(٧) التسولي، البهجة، ٣٤٧/٢.

أما ما ألحق بالشركة من عقود المضاربة والمزارعة والمساقاة، فاختلف الحكم فيها-وما ترتب عليه من قابليتها للفسخ- باختلاف طبيعة العقد ونوع العمل فيه، وما ينتج عنه.

(أ) في المضاربة :

جاء الضابط عند المالكية: [كل موضع يمنع رب المال فيه من الأخذ، يمنع العامل من الرد إلا برضا رب المال]^(١).

وجاء تفصيله عندهم [التزود من القراض يمنع العامل من الاتحلال ما لم يدفع لرب المال عوضه، ولا يمنع رب المال من الاتحلال، وتزوده من مال نفسه لا يمنعه من الاتحلال ويمنع رب المال منه ما لم يدفع له عوضه]^(٢).

والحكم المستفاد من الضوابط هو تعليق جواز الفسخ وعدمه بمباشرة المضارب للعمل، لأن تحويل مال المضاربة إلى بضاعة يتعلق به حق كل طرف منهما، فلا يملك أحدهما ابتداء فسخه لما فيه من الضرر بأن يخسر من بذل ماله دون أن يسلم له قصده، وكان التوفيق بين إرادتي الفسخ وعدمه إن باشر المضارب عمله بالتعويض^(٣).

(ب) أما في المزارعة :

-الضابط عند الحنفية: [من لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ماله، فلا يجبر على المضي]^(٤). وبصيغة أخرى: [اللزوم في المزارعة صفة لجهة العقد التي لا يقع منها إتلاف للمال بالعقد]^(٥) وعقد المزارعة لما كان يقوم على اجتماع المال-الأرض-والعمل من طرفي العقد، مع ما يتميز به أحدهما من تقديم البذر، فإن الضوابط تفرق بين من تلزم المزارعة من جهته ومن تجوز في حقه، والمعيار في ذلك هو من كان منه البذر مع ما قدم-من مال أو عمل-، فهو لا يجبر على إتلاف ماله قبل البذر، ولا ينتظر منه العذر؛ نظراً لمصلحة حفظ ماله، وذلك عند الحنفية^(٦)، والمالكية^(٧).

(ج) وفي المساقاة:

-الضابط عند الشافعية: [العمل في أعيان تبقى بحالها، فالعقد عليها يكون لازماً]^(٨).

(١) القرافي، الذخيرة، ٥٥/٦ .

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٣٥/٣ .

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٣٥/٣ - التسولي، البهجة، ٣٥٧/٢ .

(٤) حمزه، الفرائد البهية، ص ١٢١ .

(٥) صغت هذا الضابط من مجمل الشرح في: الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٥٩ .

(٦) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ٤٧٥ / ٩ .

(٧) الدردير، الشرح الصغير، ٤٩٢/٣ .

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٣٣/٣ .

فطبيعة عقد المساقاة بما هو نماء في الثمر متأخر عن العمل؛ كان في عدم القول بلزومه تقويت للعمل من غير بدل - لوقلنا بجواز الفسخ-، وأكل لأموال الناس بالباطل، بخلاف المضاربة فهي وإن كانت من العمل في مال الغير؛ إلا أن نماء المال فيها متصل بالعمل، فلم يكن في تركه لزوم ضرر^(١).

وبناء على ما تقرر عند الحنفية من لزوم العقد في المزارعة من غير جهة البذر، كان الحكم كذلك في المساقاة لعدم تضرر العامل بإتلاف ماله، والضابط فيها: [سطح الشجرة كسطح الأرض، فيجوز فيها ما يجوز في المغارسة في الأرض]^(٢).

وعند الحنابلة كان الراجح في عقدي المزارعة والمساقاة هو الجواز؛ ودليلهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لأهل خيبر: "نقرم على ذلك ما شئنا"^(٣)، ولأن عقدهما لو كان لازماً لم يجز من غير ذكر المدة^(٤).

الفرع الثاني: الأدوات العملية في الفسخ:

- عند الحنفية جاء الضابط في المزارعة: [الفسخ صريح ودلالة؛ أما الصريح كقوله فاسختك، أو أقلتك لأن المزارعة شركة وإجارة، وأما الدلالة؛ كما تمتنع صاحب البذر عن المضي في العقد]^(٥)
- والضابط: [جحد الأمين غصب]^(٦)

- وعند الشافعية: [أخذ بعض الربح في القراض كأخذ جميعه في الفسخ]^(٧).

وعندهم أيضاً: [الإتكار إبطال للوكالة]^(٨).

والمقصود هنا تحديد الأفعال والأقوال التي يصدق على معناها أنها إنهاء لعقد الشركة وفسخ له؛ وهي تنتوع إلى الفسخ الصريح كقوله فاسختك أو أن يقول أحدهما للآخر: لا أعمل معك^(٩)، وإلى الفسخ الكنائي؛ مثل أخذ أحد المتقارضين من الربح قبل أن يتحاسباً ويتقاسماً، أو امتناع

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ٤٣٣/٣.

(٢) العلمي، النوازل، ٢٥١/٢.

(٣) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يُعْطِي الْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبُهُمْ وَغَيْرَهُمْ مِنْ

الْخُمْسِ وَتَحْوِهِ، ح(٢٩٨٣)، ١١٤٩/٣.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ٥٧٠/٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٤/٦.

(٦) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص ٧٢١ - المادة ١٣٥٢.

(٧) الماوردی، الحاوي، ٣٢٧/٧.

(٨) الشريبي، مغني المحتاج، ٢٥٩/٣. وجاء عند الشافعية الضابط: [ليس لنا عقد يرتفع بالإتكار إلا الوكالة] انظر: السيوطي، الأشباه

والنظائر، ص ٣٧١.

(٩) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٥/٦ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٢٩٩ - الشريبي، مغني المحتاج، ٤٣٣/٣.

صاحب البذر عن المضي في عقد المزارعة^(١) أو إنكار الشركة مما يترتب عليه حرمة تصرف أي منهما؛ منكرها والآخر، وأن من تصرف منهما كان في حكم الغاصب. والقول بفسخ الشركة بإنكارها قد لا يجد مجالاً للتطبيق اليوم؛ لأن القانون يشترط تسجيل الشركة لإثبات وجودها وضمان حقوق المتعاملين معها، فهي تسجل ابتداءً في دائرة مراقبة الشركات كشهادة ميلاد للشركة؛ ثم تسجل في دائرة نشاطها؛ مثل أن تسجل في دائرة الأوراق المالية إن كانت من نوع الشركات المساهمة، أو في البنك المركزي إن كانت من أعمال المصارف.

الفرع الثالث: محددات وقوع الفسخ مستكملاً للشروط الشرعية:

والسؤال هنا هو ما عبر عنه الضابط: [كل من ينزعل بموت أو عزل هل ينزعل بمجرد ذلك، أم يقف عزله على علمه؟]^(٢)

- الضابط عند الحنفية: [في العزل القسدي يشترط علم المعزول، وفي العزل الحكمي يستوي ما إذا علم وما إذا لم يعلم]^(٣).

- وعند الحنابلة: [رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه]^(٤).

وجاء عندهم أيضاً: [العزل لا يثبت إلا بما يثبت به التوكيل]^(٥)

والضابط عند الحنفية يفرق بين نوعي العزل؛ أما ما كان بإرادة العاقد وانصب قصده عليه، فكان من ضرورات سريان حكمه أن يعلم المعزول بالعزل، لأن ما يقوم به من أعمال إنما هو بالإذن الحاصل في التوكيل، ومن التعسف - إن لم يكن من مجاوزة الحق - أن يعمل باسم غيره وقد رُفِعَ عنه الإذن، أما في حالة العزل الحكمي - بموت الموكل - فإن ظروف الحال استدعت القول بالتجاوز عن شرط إعلام الوكيل المعزول لعدم الإمكان .

وعند الشافعية يصح الفسخ مع الغيبة فلا يلزم حضور الطرف الآخر ولا رضاه، لأنه عقد جائز

وهذا الحق من نتائجه^(٦)، والضابط عندهم [يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود]^(٧)

والحكم عند الحنابلة في اشتراط علم الطرف الآخر بالفسخ على قولين - وهما ما عبرت عنهما الضوابط - أما الضابط الأول فإنه وإن كان صحيحاً من الناحية الشكلية، إلا أنه يؤول إلى

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٨٤ .

(٢) ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة ٦٢، ص ٢٩٣ .

(٣) شيخ زادة، مجمع النهر، ٢/٥١٢ - ٥١٣ - الغنيمي، اللباب، ٢/٧٨، ٨٤ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/٧١ - ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة ٦٣، ص ٢٩٥ .

(٥) ابن قدامة، المقنع، ٢/١٦٢ .

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٣/٤١٥ .

(٧) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٧٢ .

محاذير ممنوعة من ناحية التنظيم ومراعاة حقوق الشركاء والمتعاملين معهم، وهو ما تداركه الضابط الثاني. والمشهور منهما أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة، وقيل في المضاربة أنها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلم رب المال^(١).

وجاء الحكم الفصل في أن تصرفات الشريك بعد عزله من غير علمه لا تتعقد **بالضابط: [العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر]**^(٢) بمعنى أن تصرف المعزول صدر من غير ذي صفة، فلا يعتبر. ولعل السبب في اشتراط العلم بالعزل درأ ما قد يقع من تغرير بالشريك العامل-الوكيل- إن هو التزم بوصفه شريكا ما لم يكن ليلتزمه لو كان يتصرف منفردا.

الفرع الرابع: الشروط التي ينبغي مراعاتها-تحقيقها- عند الفسخ:

والكلام هنا في كيفية تصفية الحقوق العالقة بين الشركاء، وبينهم وبين غيرهم من المتعاملين مع الشركة، وما حكم خليط الأموال الذي آلت إليه استثمارات الشركة.

الضابط: [تمييز المال المشترك لا يكون إلا بالقسمة]^(٣).

أ) فإذا كان مال الشركة عند الفسخ نقودا، تقاسماها وأخذ كل شريك حصته من رأس المال وما له من الربح، والشروط أن (يقبض رأس المال بعد المحاسبة والمفاصلة، وإلا فما وقع قبله لا يعد قبضا)^(٤).

ب) وأما إن لم يكن المال ناضا؛ كما لو كان خليطا من النقود والديون والعروض:

فالضابط عند الحنابلة: [إذا فسخ العقد فسحا اختياريا، لم تبطل العقود الطارئة قبل الفسخ]^(٥) -

فإذا كان المال ديناً في ذمم المتعاملين مع الشركة، ووجب تحصيل الديون أولاً لأن [القسمة إنما

تصح في الأعيان لا في الذمم لأنها لا تتكافأ]^(٦)، والأصل في القسمة التعادل.

وفي القراض؛ إذا فسخ العقد وفي المال ديون فلا يلزم العامل عند الحنفية أن يتقاضى الدين الذي لحق المال إن لم يكن في المال ربح، لأنه لا غرض له فيه؛ لما استقر من أن المضارب هو شريك في الربح إن حصل^(٧).

(١) ابن رجب، تقرير القواعد، ص ٢٩٤ .

(٢) السعدي، القواعد، ص ١١٠ .

(٣) الماوردي، الحاوي، ٤٨٤/٦ .

(٤) القرافي، الذخيرة، ٩٢/٦ .

(٥) السعدي، القواعد، ص ١٠٩. وجاء توضيحه بأن الحقوق والواجبات في العقد السابق تبقى صحيحة، أو واجبة التصحيح؛ كقبض الدين، ولا يعود الفسخ بالنقض على ما استقر.

(٦) الماوردي، الحاوي، ٤٨٣/٦ .

(٧) الغنيمي، اللباب، ٨٤/٢ .

ولزم العامل نقاضيها، ربح المال أو لم يربح عند الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)؛ لأن العامل ملزم بتسليم رأس المال كما استلمه من صاحبه والدين ملك ناقص وقد أخذ من رب المال ملكا تاما فلزمه الرد بمثله^(٣).

ويمكن أن نوفق بين القولين بتعليق الحكم بجهة الفسخ؛ فإن كان الفسخ من قبل رب المال، كان للعامل أن لا يتقاضاه؛ لأن المضارب ينتفي عنه وصف الشريك إن لم يربح المال، فلا وجه بإلزامه، وإن كان الفسخ من جهة العامل فإنه يلزم بتسليم المال ناضا كما استلمه. أما إن كان المال عند الفسخ من العروض - وهو ما كان بخلاف جنس رأس المال - بأن تحول مالها إلى بضاعة أو أسهم فالضابط فيه: [التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو على غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه]^(٤)

وتدرك الضرر هنا بتنضيض المال؛ بمعنى خلوص المال ورجوعه عينا كما كان وبه يتم العمل^(٥)، لأن حق المضارب من الربح لا يظهر إلا بصيرورته نقدا^(٦). إلا أن طالب القسمة بالتنضيض في المضاربة لا يجاب إلى طلبه حتى ينظر القضاء ما هو الأصلح لكليهما؛ بمعنى أن القسمة لا تقع حالا بناء على طلب أحدهما، حتى يقيم وضع تجارتهما في السوق^(٧). أما في الشركة فعند الحنابلة قولان: إن الشرط لوقوع الفسخ فيها هو أن يكون المال ناضا، كما هو الشرط في المضاربة^(٨). وقيل: لا يشترط لأن مقصود الشركة هو التوكيل بالعمل والربح يدخل فيها تبعا وهو ممكن بقسمة العروض بينهما، بخلاف حق المضارب فإنه أصلي ولا يظهر بدون البيع^(٩).

الفرع الخامس: التطبيقات العملية على فسخ الشركة:

- لا يملك الشريك عند الحنفية الشراء لنفسه من البضاعة التي وقع عليها عمل الشركة، ولو أشهد على أنه يشتري لنفسه في حال غيبة شريكه، لأنه لا يملك فسخ الشركة بغير حضور الآخر^(١٠).

(١) الحصني، كفاية الأختار، ص ٢٩١ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣٨/٥ .

(٣) الحصني، كفاية الأختار، ص ٢٩١ .

(٤) ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة ٦٠، ص ٢٨٥ .

(٥) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٣٥/٣ .

(٦) الغنيمي، اللباب، ٨٤/٢ .

(٧) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٥٣٥/٣ .

(٨) ابن قدامة، المغني، ١٥/٥ .

(٩) ابن رجب، تقرير القواعد، ص ٢٨٨ .

(١٠) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٧/٦ - السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١ - البغدادي، مجمع الضمانات، ص ٣٠١ .

- ليس للمضارب تحريك المال إن فسخ العقد في الحضر بعد نضوض المال؛ إلا أن يأذن رب المال، وفي السفر جاز له إلى أن يصل إلى بلده، إلا أن يمنعه رب المال^(١)، وأما الشريك فلا يحق له البيع بعد الفسخ؛ لأن المعنى من الفسخ هو رفع الإذن، وحقه في عين المال معلوم قبل البيع، فلا يملك بيعه لا سفراً ولا حضراً^(٢).

- وبناء على القول بلزوم المساقاة، لو هرب العامل قبل الفراغ من العمل، وأتمه المالك متبرعاً، بقي حق العامل في الناتج، وأما إن لم يتبرع المالك بالعمل، استأجر القاضي بعد رفع الأمر إليه من يتم العمل من مال العامل^(٣).

- وعلى القول بلزوم العقد؛ فإن من وجب عليه القيام بالعمل في العقد اللازم، له أن يتمه بنفسه أو بماله^(٤)؛ بمعنى أن له أن يستأجر من يتم العمل كما في المساقاة إن كانت في الذمة، لأن العامل قد يعرض له ما يمنعه من العمل، وفي إلزامه ضرر وهو ممنوع شرعاً.

- لا يلزم المصرف الإسلامي المتحول من بنك ربوي التخلص مما يتعلق بالفترات المالية السابقة لعام التحول من موجودات محرمة غير عينية؛ لأن مسؤولية الإدارة تنتهي بانتهائها- بالتضيض والمحاسبة-، ولا يمكن للإدارة الجديدة تغيير ما يتعلق بفترات مالية سابقة^(٥)، لأن [انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه، لا في الماضي]^(٦)

أما في حق المساهمين الجدد- في المصرف الإسلامي- فإن الحكم يختلف، لأنهم أصحاب ملك، وعليهم التخلص مما وزع عليهم من حقوق غير مشروعة^(٧).

والحل هو بالتخلص الجزئي- الانسحاب على مراحل- وأن توضع الأموال المسحوبة في حساب الخدمات الاجتماعية، وما قد يساهم به المصرف في المصالح العامة.

- من وسائل إعلان فسخ الشركة أن يرسل الفاسخ إلى شريكه من يُعلمه، أو أن يشهد على العزل شهوداً أو أن يثبت الفسخ بحكم قضائي، أو بالإعلان في الصحف، أو عبر شبكة المعلومات

(١) عليش، بهامش الدسوقي، ٣/٥٣٥.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٦/٤٨٤.

(٣) الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٥.

(٤) الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٥.

(٥) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (٦)، تحول البنك التقليدي إلى مصرف إسلامي، بند معالجة الالتزامات غير المشروعة، ص ٨٧.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٨٤.

(٧) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم (٦)، تحول البنك التقليدي إلى مصرف إسلامي، بند معالجة الالتزامات غير المشروعة، ص ٨٧.

الإلكترونية - الإنترنت - مع ضرورة إعطاء فترة زمنية لتمكين من له حق على الشركة بمراجعتها.

- أما الدمج فإن كانت فكرته تقوم على اتفاق شركاء متكافئين على التعاون في ما بينهم، واستكمال النقص في الجوانب الفنية بالإفادة من خبرة الآخر، لأن الشركة المستقلة - الواحدة منهما - ليست كبيرة بما يكفي لتحمل مركزاً مؤثراً في السوق، فلا يعد ذلك فسخاً^(١)، وأما إن كان بمعنى أن يحل البنك الدامج أو الناتج عن الاندماج محل البنك المندمج في الإجراءات المدنية والقضائية، بعد أن تنتقل إليه جميع حقوق والتزامات البنك المندمج فإن ذلك يعد من التصفية للفسخ^(٢).

- من أشكال الفسخ الجبرية: تأميم الشركات الخاصة ونقلها إلى ملكية القطاع العام بقوة القرار السياسي.

- العقد في الشركات المساهمة لازم بين أطرافه - لتعلقها بمصالح ومرافق عامة تهم الناس - فليس لأحد الشركاء فسخها أو عزل شريكه المؤسس، وذلك لقيامها على الاعتبار المالي، إلا أنه يمكن للمساهم فيها بيع أسهمه أو أن يتنازل عنها للغير^(٣).

المطلب الثاني: طرء عوارض الأهلية:

والكلام في هذا المطلب من باب الفقه الواقعي، ويظهر أكثر ما يكون في ما قام من الشركات على اعتبار الجانب الشخصي؛ كالمفاوضة والمحاصة مثلاً، لأن عمدة أحكام الشركة أن كل طرف فيها يملك التصرف أصالة عن نفسه ونيابة عن شريكه، وإن كل ما يخرق هذا الحق تبطل به الشركة^(٤).

ويقصد بالعوارض: ما لم يكن من الصفات الذاتية للإنسان، ويعرض له دون أن يكون له فيه اختيار^(٥). وأتناول في الفروع التالية ما يؤثر من العوارض على أطراف عقد الشركة بصورة رئيسة ومباشرة، وما يترتب على ذلك.

(١) كويل، بربان (٢٠٠٦)، دمج وشراء الشركات، ط١، دار الفاروق: القاهرة، ص٣١.

(٢) البنك المركزي الأردني، قانون البنوك رقم ٢٨ لعام ٢٠٠٠، اندماج البنوك، المادة ٧٩، ص٢٧.

(٣) البعلي، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ص ١١٧

(٤) الموردي، الحاوي، ٤٨٤/٦.

(٥) التفتازاني، التلويح، ١٦٧/٢.

الفرع الأول: الموت:

الضابط :

[العقود الجائزة تبطل بالموت] ^(١)

والحكم الذي ترتب عليه هو ما قرره الضابط: [كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال، انتقل إلى الوارث لأن المال يورث، فيورث ما يتعلق به من خيار أو عمل، وكل ما كان متعلقا ببدن الموروث كالنكاح، أو رأيه وعقله لا ينتقل لأن الوارث لا يرث عقله] ^(٢).

والضابط: [رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه] ^(٣)

والموت هو الحالة التي تنتهي بها صلاحية المرء للعمل والاستحقاق، ولما كانت العقود الجائزة في أصلها غير مستقرة، وتفسخ بإرادة العاقد المنفردة وباختياره، فكيف إذا لم يكن الأمر باختياره؟ ولما كان المطلوب في عمل الشركة بقاء ولاية التصرف لكلا الشريكين ابتداء وعلى الدوام، فإن الحكم هنا ليس فقط بانتهاء التوكيل الممنوح للشريك الآخر بالعمل؛ بل إن إعلامه بهذا العزل لا يشترط عند الحنفية ^(٤)، والشافعية في قول ^(٥)، والحنابلة في رواية ^(٦)؛ بناء على ما قرره الضابط من عدم اشتراط العلم في ما لا يملك المرء فيه قرار القبول أو الرفض، وأما ما تصرفه الوكيل بعد موت شريكه فلا ينفذ عند الحنفية؛ لأن المال قد انتقل إلى الوارث والكلمة فيه له ^(٧)، وعند الحنابلة لا يصح إلا بمقدار نصيبه ^(٨).

والسبب في بحث الحنفية والحنابلة الحكم في عمل أحد الشركاء بعد وفاة الآخر دون أن يعرض لذلك المالكية والشافعية هو ما سبق تقريره من اشتراط المالكية تساوي الشركاء في العمل والربح، واشتراط الشافعية عملهما جميعا، وكأن هذا فرض المسألة لا وجود له عندهم. ويبدو أن الأمر أصبح أكثر انضباطا؛ من خلال ما تعارف عليه الناس من إشهار حالة الوفاة، أو الإعلان في الصحف بدعوة جمهور المتعاملين مع الشركة إلى تصحيح أوضاع عقودهم في ما قام من الشركات على اعتبار شخص الشريك كشركات التضامن مثلا .

(١) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/٨٥.

(٢) القرافي، النخبة، ٦/٥٨.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/٧١.

(٤) المرغيناني، الهداية، ٦/١٩٥.

(٥) المطيعي، تكملة المجموع، ١٤/٩٤.

(٦) البيهوتي، كشف القناع، ٣/٥٤٠.

(٧) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٩٥.

(٨) البيهوتي، كشف القناع، ٣/٥٤٠.

ولما كانت طبيعة العقود في الشركة بالأموال، والمضاربة وملحقاتها تختلف باختلاف دور العامل فيها، فإن أثر الموت على العقد يتفاوت أيضا بين عقد وآخر، وفي ما يلي تفصيله:

١- في الشركة: الضابط هو [انتهاء الشركة بالموت هو بطلان للإذن]^(١)، وفي حال انقراض الشركة جزئيا بموت أحد الشركاء:

أ- فإن الوارث البالغ الرشيد- أو وصي الورثة الصغار- بالخيار بين المقام عليها- الاستدامة- بما لمورثه وما عليه؛ بشرط خلو التركة- ويدخل فيها أموال الشركة- مما قد يتعلق بها من حقوق للآخرين كالديون أو الوصايا^(٢).

ب- فإن كانت ثمة حقوق؛ كما في الوصية لغير معين من وجوه الخير العامة، فإنها تؤدي ألا؛ إما من عين مال الشركة، أو من أموال الورثة الخاصة^(٣).

ج- أما إن كانت الوصية لمعين، فإن أمره في قرار البقاء على الشركة، أو الخروج منها كالوارث، وإلا فإن له أن يطالب بالمقاسمة وخصوص المال - أصلا وربحا- لمستحقه^(٤).

د- ومن أحكام انتهائها بالموت أن الشريك الآخر يملك بيع مال الشركة إن كان من العروض، ويملك أن يتصرف في قدر حقه على الشيوع، لكنه لا يملك أن يشتري بالمال المشترك بضاعة؛ وذلك عند الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦).

أما المالكية فالحكم عندهم أن أحد الشريكين لا يملك تحريك المال ولا بيع العروض إلا برضى الورثة لانقطاع الشركة بالموت^(٧).

٢- في المضاربة:

أ- إذا مات رب المال استمر العامل على القراض إن كان المال عرضا، ويبقى حق الورثة لهم أن يأخذوه بعد تنضيق المال؛ لأن رب المال وإن انتهت صلاحيته للأمر، فإن حق العامل باق في العمل لإظهار الربح^(٨).

(١) المطيعي، تكملة المجموع، ٨٥/١٤.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٤٨٥/٦.

(٣) الماوردي، الحاوي، ٤٨٥/٦.

(٤) الماوردي، الحاوي، ٤٨٥/٦ - المطيعي، تكملة المجموع، ٨٥/١٤. والأولى بالوارث أن يعرف مقدار المال الذي ورثه؛ خوفا من ظهور دين يتعلق بالشركة، ليمتاز ما ورثه من مال عن ربحها.

(٥) المطيعي، تكملة المجموع، ٨٥ / ١٤.

(٦) ابن قدامة، المغني، ١٥ / ٥.

(٧) اقرافي، الذخيرة، ٦٥ / ٨.

(٨) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ٣٦٣ / ٢.

ب- وأما إن كان المال ناضاً؛ فإن حركه العامل قبل علمه بالوفاة فلا ضمان عليه؛ كالوكيل يتصرف قبل علمه بوفاة الموكل، وإن حركه بعد علمه ضمنه والربح لهما عند المالكية^(١).
ج- وإذا مات العامل؛ قام وارثه مقامه في العمل إن كان أميناً، وإلا فإن القاضي ينيب من يعمل على تنضيض المال لإظهار الربح، فإن تعذر الأمين سئلم المال لصاحبه هدرًا - بلا ربح لورثة العامل - لأن العامل إنما يستحق ربحه بتمام العمل^(٢).

٣- في المزارعة والمساقاة:

الحكم فيها: [الموت يقطع المزارعة، وعلى كل واحد من الوارث والباقي أن يعمل في حصته حتى يدرك الزرع]^(٣).

الضابط: [الوارث لا يلزمه من الحقوق على مورثه إلا ما كان دفعه من تركته]^(٤).

أما وارث رب المال - الأرض أو الشجر - فالأمر معه باق على حاله كما لو كان رب المال حياً^(٥)، وأما وارث العامل فإن العقد معه وإن كان عقداً على العمل، إلا أن المقصود فيها ما شرط للعامل من الناتج، فكانت من هذا الباب حقوقاً تورث^(٦).

وفي المساقاة لا يجبر الوارث على العمل بناءً على حكم الضابط، فإن أبى استأجر القاضي - بعد رفع الأمر إليه - من يقوم به عنه^(٧).

والخلاصة: إن قيام العامل مقام المورث ليس من باب استمرار الحكم - وإلا لم يكن الموت من أسباب انتهاء العقود - ولكنه من باب تخفيف الضرر ما أمكن^(٨).

(١) عليش، بهامش الدسوقي، ٥٣٤/٣ - التسولي، البهجة، ٢/٣٦٣. إلا إن اتجر بالمال لنفسه؛ ضمنه والربح له.

(٢) عليش، بهامش الدسوقي، ٥٣٦/٣.

(٣) شيخ زادة، مجمع النهر، ٥٩٦/٢. بخلاف ما لو كان الفسخ بالعذر - كالمرض والغيبة - فإن القاضي بعد الترافع إليه يستأجر على العمل من يعمل بالأجرة من نصيب العامل.

(٤) ابن قدامة، المقنع، ١٨٩/٢.

(٥) المرغيناني، الهداية، ٩/٤٨١ - شيخ زادة، مجمع النهر، ٥٩٦/٢.

(٦) ابن قدامة، المقنع، ١٨٩/٢.

(٧) شيخ زادة، مجمع الأثر، ٥٩٧/٢ - البيهوتي، كشف القناع، ٣/٥٧٠.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٥/٦ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٥١٧.

الفرع الثاني: الجنون:

الضابط:

[العقود الجائزة تبطل بالحجر]^(١)

وجاء تعليقه من المفهوم المخالف للضابط: [من جاز أمره نفذ عقده]^(٢)

يعرف الجنون بأنه (اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة، والمدركة للعواقب)^(٣) ومظهر الاختلال بأن لا يدرك آثارها فلا يشعر بفائدة الحسن ويسعى لجلبه، ولا يعي خطر القبيح ويعمل على دفعه، أي أنه ينافي القدرة التي يتمكن بها المرء من إنشاء العقود بحسب مقصد الشرع^(٤).

ويقصد بالحجر (أن يتم الفعل بركنه، ويقع في محله، ثم لا يعتبر حكمه)^(٥)، وأما تأثير هذا العارض على عقود الشركة؛ فإن الشريك المختل لا يملك سلطة التصرف في أمواله الخاصة، فأولى بالمنع أن يتصرف في أموال غيره، ولا يقدر على أن يملكه غيره من جهته^(٦)، لأن إحالة النظر في ماله ومصالحه إنما هي للولي أو لمن أوكل إليه أمره، ثم هو يعجز عن اتخاذ القرار السليم في تصريف أمور الشركة، خصوصاً وأن المال بيده مما يغاب عنه.

والحكم في ما مضى هو عند الفقهاء جميعاً^(٧)، والكلام مازال مستمراً في نوع الشركات التي تقوم على اعتبار المعيار الشخصي، لأن الأمر مختلف في الشركات المساهمة، بل قد تكون مساهمة ولي المحجور عليه بالجنون بشراء الأسهم منضبطة بمعايير الشرع ومن الغبطة له^(٨)؛ لأن مبدأ العمل فيها يقوم على توكيل غيره بالتجارة، وزيادة مال المحجور عليه وتكثيره من الرعاية المطلوبة له. ويلحق اليوم بالجنون من أصيب بمرض نفسي غم على عقله، والأمر في إثباته -

(١) المطيعي، تكملة المجموع، ٨٧/١٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٥.

(٣) التفتازاني، التلويح، ١٦٨/٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) التفتازاني، التلويح، ١٦٨/٢.

(٦) ابن قدامة، المغني، ٧١/٥.

(٧) الغنيمي، اللباب، ٩٣/٢ - التسولي، البهجة شرح التحفة، ٣٥٢/٢ - قليوبي، حاشيتان القليوبي وعميره، ٣٣٦/٢ - ابن قدامة، المغني، ١٥/٥.

(٨) ذهب بعض الشافعية إلى القول بأن ولي اليتيم يعمل ما فيه الغبطة لليتيم بمعنى التصرف في ما فيه ربح عاجل له، وعارضهم قسم آخر بأن الواجب ما فيه الحظ والخير، أما الغبطة - بمعناها السابق - فهي مندوبة، وأراها ممكنة اليوم بنظام الشركات المساهمة - لا المضاربة بالأسهم -، مع ضرورة التخير لما فيه الأفضل. انظر: الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٤٦، المطيعي، تكملة المجموع، ٨٥/١٤.

للحكم بانتهاء الشركة- يستلزم صدور قرار الحجر من القاضي، بعد ثبوت الاعتلال بشهادة المختص.

الفرع الثالث: الردة:

الضابط :

[الردة موت حكماً]^(١)

والمعنى في الضابط أن المرتد-والعياذ بالله- يجري عليه حكم الموت من حيث صيرورة المال إلى الورثة وقطع صلته به، وإن اختلفت الأحكام التفصيلية بينهما. وما يهمننا في هذا العارض هو مدى تأثير الردة على تصرفات الشريك، أو العامل في ما يتصل بأحكامها، بناء على ما قرره الحنفية من توقف تصرفات المرتد لتوقف أملاكه^(٢). هذا في حق شريك الأموال، أو رب المال في المضاربة، أما المضارب فلما كان في عقده لا يملك إلا العمل، فإن عقده لا يبطل برده^(٣). وعليه فإن عقدي المزارعة والمساقاة لا يتأثران ابتداء بردة العامل؛ لأن المناط في انتهاء الشركة هنا هو عدم قدرة المالك الوصول إلى ماله، بسبب ارتفاع حق التصرف لمانع الردة. إلا أن القول بانتهاء العقد بالردة عند الحنفية لا يعني انقضاءه بصورة مباشرة أو مقارنة للارتداد؛ ولكنها مرتبطة بأن يلحق الشريك المرتد في ما كان يعرف بدار الحرب، وأن يحكم القاضي بلحاظه حتى يحكم بموته وما يستتبع ذلك من آثار^(٤). وكأن الهدف من المنع هنا-بعد القول بموته حكماً-؛ هو عدم التقوي بماله الخاص وتفكيك عناصر قوته. وبناء عليه فإن الحكم عند أبي حنيفة في رب المال إذا ارتد، ثم لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بذلك، وكان مال المضاربة عروضاً؛ فإن على العامل تنضيضه ليظهر الربح، وتنتهي المضاربة-انتهاء التزام-.

وأما إن كان المال في يده من النقود، وباع واشترى فيه؛ كان في حكم الغاصب ويكون المشتري وربحه له، مع ضمان رأس المال لمستحقيه من أهل المرتد^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٧٨ - ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٣/٢٤ .

(٢) شيخ زادة، مجمع الأنهر، ١/٣٢٣ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١١٢ .

(٤) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ٨/٤٦٨ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١١٢ .

أما إن ارتد رب المال ولم يلحق بدار الحرب أو لحق ولم يقض قاض بذلك، فإنه يتوقف في حكم المال؛ إن عاد إلى الإسلام فالمضاربة على حالها، وإلا بطلت^(١). والتوقف هنا بمعنى عدم النفاذ ولا يعني الانفساخ، حتى إذا زال المانع استأنفت الشركة، وكان الضابط الذي يحكم هذه الحالة هو [العبرة في كل تصرف بأصل وضعه لا بما عرض له في حادثة جزئية]^(٢).

والحديث في انتهاء الشركة بالردة قد يبدو من الترف الفكري؛ لأن البحث في ديانة الشريك لم تعد تظهر في عقود الشركة، خصوصاً وأن الحالة هنا في تحول عقدي، والأمر فيه من الخفاء بحيث يصعب إثباته إلا في ظروف محدودة، ولأن ما يصوره الضابط وما تفرع عنه من أحكام إنما هو في نموذج الشركات البسيطة-محدودة العدد-، بحيث تراعى صفة الشريك وديانته، وهو في نوع من الشركات يعتمد على مباشرة أعضائه العمل كشرط فيه.

المطلب الثالث: إخلال أحد الشركاء بشروط الشركة:

الضابط:

[عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟]^(٣)

ويقصد بالتعدي: مجاوزة الحد^(٤)، ومعياره تفويت شرط مما ثبت بمقتضى العقد - ما قرره الشارع الحكيم -، أو بمخالفة ما اشترطه أحد المتعاقدين مما رأى فيه المصلحة، وهو ما ثبت فيه منط الضابط: [الشروط الصحيحة هي كل مقصود لا يُدخل في محرم، ولا يُخرج من واجب]^(٥)، والسبب في اعتبار هذه الشروط كقيود ينبغي على كل طرف في العقد مراعاتها هو أن: [أصل وضع الصفة أن تجيء للتخصيص أو التوضيح]^(٦)، وإلا كان كلام المتعاقدين من العبث. وعليه يمكن تقسيم المخالفات في الشركة بحسب جهة الاشتراط إلى: مخالفة شروط مقتضى العقد، أو مخالفة شروط العاقد، وما يترتب على الإخلال بأحدها من الحكم بفساد العقد كلياً وفسخ الشركة، أو فساده جزئياً مع إمكانية تصحيح الخلل. ومن المخالفات التي يحكم معها بفساد العقد:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١١٢.

(٢) إبراهيم، أحمد، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٢٣.

(٣) ابن رجب، تقرير القواعد، القاعدة الخامسة والأربعون، ص ٢٠٤.

(٤) مخلوف، حسنين (١٩٨٧)، صفوة البيان لمعاني القرآن، ط ٣، وزارة الأوقاف الإسلامية: الكويت، ص ٦٦٣.

(٥) السعدي، القواعد، ص ١٢٦.

(٦) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلاني، ١/ ٢٩٥.

أ) إذا شارك المفاوض آخر عانا؛ فسدت المفاوضات عند أبي حنيفة في قول؛ لما فيها من إيجاب الشركة للغير في المال المشترك (١).

ب) وفي المضاربة إذا مات المضارب مجهلا للمال - مخالفة مقتضى العقد - فإن الضمان يجب في تركته (٢).

ج) إذا اشترط المالك في المساقاة على العامل ما ليس من جنس أعمالها؛ فسدت المساقاة لمخالفة الشرط لمقتضى العقد باستتجار العامل بعوض مجهول (٣).

وأما ما كان من الخلل في التطبيق أو مخالفة شروط العاقد الخاصة؛ الأمر الذي يمكن معه تصحيح العقد، فإن الحكم مختلف فيه بين القول بصحة التصرف في نصيب الشريك المخالف وفسخ العقد في حق الآخر، وبين القول بفساده في حق الجميع، ومن الأمثلة على ذلك:

أ) إذا باع الشريك بالغبين الفاحش - وهو ما لا يدخل تحت تقدير المقدرين -، فإن النقص في الثمن يتحملة المخالف في نصيبه لوحده؛ بناء على القول بجواز تفريق الصفقة بين الشريكين للمخالفة، وعليه تفسخ الشركة في المبيع - جزئياً -، ويصير مشتركا بين المشتري والشريك البائع، وإن قلنا بمنع تفريقها فإن النقص في الثمن يتحملة الشريك البائع، ويبقى المبيع شركة بينهما (٤).

ب) وكذلك ليس للشريك أن يسافر بالمال إلا بالإذن، فإن خالف وسافر فإنه يضمن حصة شريكه إن تلف المال، وإن كان مقتضى عقد الشركة ينافيه - الضمان - (٥).

إلا أن الإخلال بالشروط لا ينهي عقد الشركة مباشرة؛ لأن غاية الحكم بفساد العقد مع المخالفة هو تصحيح مسار العمل، وليست الغاية نقضه؛ لأنه من عقود الإرفاق، فيتسامح فيه ومن الأمثلة على ذلك:

أ) إن تخلف أحد شروط المفاوضات عند الحنفية بقصد أو بغير قصد، فإن الشركة تتحول إلى العنان؛ تحصيلاً لغرض المتعاقدين من الاشتراك ما أمكن (٦).

ب) وفي حالة شراء الشريك بأكثر من رأس المال نسبية - الاستدانة - مخالفاً أمر الشريك الآخر أو رب المال في المضاربة، فإن الشراء يقع للمشتري المخالف عند الحنفية (٧).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٨.

(٢) الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٣٠، ص ٥٨٨.

(٣) الشربيني، معني المحتاج، ٣/٤٢٩.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٣.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٣.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١١/١٩٣.

(٧) السرخسي، المبسوط، ١١/١٨٨ - الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٨ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٥٢٠.

وعند المالكية جاء الضابط أن: [من قصر أو تعدى ضمن] ^(١) والحكم عندهم هو أنه لا يفسخ في المخالفة، بل يرد التصرف ويضمن المخالف، بمعنى أن الشريك إن خرج عن موجب الشركة لزمه أثر الفعل، ومثاله :

(أ) لو دفع الشريك مالا ولم يشهد عليه فأنكره القابض، أو إن قبل المعيب في الشراء، فإنه يضمن المال في الأولى، ومقدار ما يجبر به النقص في الثانية ^(٢).

(ب) ومن المخالفة عندهم أن يعمل شريك العنان بدون إذن الشريك الآخر؛ حيث جاء فيها: (إن شرطاً نفي الاستبداد بالتصرف، فإن كل واحد منهما يتوقف تصرفه على الآخر، فإن تصرف أحدهما بلا إذن فقد استبد ولثاني رده، وضمن إن ضاع ما تصرف فيه) ^(٣).

المبحث الثاني: الضوابط الخاصة بانتهاء بعض أنواع الشركات:

وأتناول في هذا المبحث الأسباب الخاصة التي ميزت انتهاء بعض أنواع الشركات مع ما صدق عليها من أسباب الانتهاء العامة، وأعرضها في مطالب ثلاث.

المطلب الأول: انتهاء المدة في الشركات المؤقتة:

المبدأ العام:

[كل تصرف جالب لمصلحة، أو داريء لمفسدة فقد شرع الله ما يحصل تلك المصالح المقصودة الجلب بشرعه، أو يدرأ الفساد المقصود درؤه] ^(٤).

والضوابط في توقيت الشركة والمضاربة وإن جاءت بصيغة عامة؛ إلا أن المقصود هنا بيان مدى قابلية عقد الشركة والمضاربة وملحقاتها للتوقيت، وهل هو شرط في العقد حتى أنه يفسد بدون تحديد المدة أم أن فساد العقد قد يقع مع تحديدها بناء على ما ورد في المبدأ العام؟ فما كان من هذه العقود لازماً ناسبه التأقيت، وما كان في أصله مطلقاً كالمضاربة فإن في التأجيل تحجير على العامل، بمعنى أنه يخالف مقصودها ^(٥).

والكلام هنا في مدى قابلية العقد للتوقيت، حتى إذا كانت المدة فيه جائزة لزم احترام إرادة المتعاقدين والقول بانقضاء العقد وانتهاء الشركة بانتهاء مدتها.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٨٠ .

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٢٨٠ .

(٣) الرديير، الشرح الصغير، ٣/٤٧١ .

(٤) ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٢/١٦١ .

(٥) ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٢/١٦١ .

والمعنى المقصود من توقيت الشركة والذي يلزم التنبه إليه هو أن التوقيت يقتضي الحكم بلزوم العقد في المدة^(١)، وأنه لا يجوز لأحد الشركاء أن ينسحب منها قبل انتهاء مدتها^(٢)، فهل يوافق التوقيت مقتضاها أم أنه يخالفه؟ ولما كان الحكم يختلف باختلاف العقد، فإني أعرض أثر المدة في كل نوع منها على حدة.

(١) في الشركة :

الضابط عند الحنفية: [المضاربة والشركة توكيل] والوكالة مما يتوقت^(٣).

- **وجاء الضابط عندهم بصيغة الحكم: [التوقيت في العنان والمضاربة ليس بشرط]^(٤).**

ويترتب عليه أنهما إن وقتا صح، وما اشتراه أحدهما بالوقت يكون شركة بينهما، وما اشتراه بعد الوقت يكون للمشتري منهما خاصة وذلك عند الحنفية^(٥).

أما المالكية فهم وإن لم يوردوا ضابطا في المسألة؛ إلا أنهم يقررون أن الشركة لا تقبل التوقيت بأجل، وأنها إذا أقتت فإن كل واحد من الشركاء له أن ينحل عن صاحبه ويقاسمه في ما بين أيديهما من ناض وعروض متى شاء^(٦).

(٢) في المضاربة:

الضابط: [كل ما كان اشتراطه في المضاربة زيادة غرر فإنه يمنع]^(٧)

والحكم في قبول عقد المضاربة للتوقيت يختلف باختلاف فرض المسألة، وأعرضها في ما يلي:

- أ- إن كان التوقيت في المضاربة بمعنى أن لا يشتر العامل بالمال بعد المدة فلا خلاف في جوازه^(٨)؛ لأنه من باب حث العامل على الاجتهاد في العمل، مع ما فيه من النظر لمصلحة رب المال، ولحصول الاسترباح بالبيع في المدة، وهو من مقتضيات انتهاء العقد بانتهاء مدته^(٩)
- ب- أما إن كان المقصود به أن يقول رب المال للمضارب: اشتر وتاجر في نوع من التجارة في ثلاثة أشهر؛ فقد وقع الاختلاف في أثر هذا التوقيت على العقد:

(١) الصوا، علي، الفوارق التطبيقية بين المضاربة القردية والمشاركة، ص ٢٧٠.

(٢) البعلي، أساسيات العمل المصرفي، ص ١١٧ .

(٣) حمزه، الفرائد البهية، ص ١٩٧، من شرح الفائدة رقم ٢٣٨ .

(٤) البغدادي، مجمع الضمانات، ٢٩٨ - حمزه، الفرائد البهية، ص ١٩٧، الفائدة ٢٣٨ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٥٦ - ٥٧ .

(٦) التسولي، البهجة شرح التحفة، ٢/ ٣٤٦ .

(٧) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦١ .

(٨) ابن مودود، الاختيار في تحليل المختار، ٣/ ٢٠ - ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦١ - الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٠ .

(٩) البعلي، أساسيات العمل المصرفي، ص ١١٨ .

- عند الحنفية: يصح التوقيت في المضاربة بل هو مفيد فيها لما فيه من ضبط العمل، وهو كما لو قيده بمكان التجارة أو بنوع ما يتجر فيه (١).

- وعند المالكية: لا يجوز جعل المضاربة إلى أجل، لأن تضييقها في المدة يدخل على العقد مزيداً من الغرر (٢) لإخلال التوقيت بمقصود القراض؛ فقد يحصل أن لا يبيع ما اشتراه في المدة، وإن وقع فللعامل قراض مثله (٣).

- وعند الشافعية إن قال رب المال للعامل: خذ القراض ماشئت أنا من الزمان، أو ماشئت أنت، أو ضاربك سنة فإذا انقضت لا تبع ولا تشتت فإنها لاتصح؛ لأن الربح ليس له وقت معلوم حتى يوقت العقد به (٤).

وقيل: بل تصح لأن المضاربة من العقود الجائزة، ويمكن أن تفسخ بإرادة أي من العاقدين، فأولى أن تتوقت بالمدة برضاها (٥).

- وعند الحنابلة روايتان: الأولى: تفسد المضاربة بالتوقيت، وقيل: بل تصح ويبطل الشرط (٦). والراجح من هذه الأقوال أن التوقيت في المضاربة إن كان بمعنى لا تشتت ولا تبع بعد المدة فهو من التقيد النافع فيها، وحفز للعامل أن يجتهد في المدة حتى لا يخسر جهده.

٣) في المزارعة:

الضابط: [المدة في المزارعة بمنزلة الكيل والوزن، هي المعيار للمنافع] (٧).

لما كانت البداية والنهاية في خروج النبات ونضجه متفاوتة، ولما كانت المزارعة إجارة في الابتداء شركة في الانتهاء، كان من شرط صحتها تحديد مدة العمل في العقد (٨)، لأنها المعرف في عقد تمكنت الجهالة فيه (٩)، وكان أن ترتب على انقضاء مدتها انفساخ العقد (١٠).

ومن الآثار العملية التي بنيت على لزوم عقد المزارعة في المدة المتفق عليها بين الطرفين:

(١) المرغيناني، الهداية، ٤٥٧/٨.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٦١/٢.

(٣) التسولي، البهجة، ٣٥٨/٢.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ١٢١/٥ - الحصني، كفاية الأخيار، ص ٢٨٩.

(٥) الماوردي، الحاوي، ٣١١/٧.

(٦) المرادوي، الإنصاف، ٣١٨/٥.

(٧) البابرتي، العناية، ٤٦٤/٩. وجاء معنى الضابط بصيغة: معرفة المالية في ما لا يكال أو يوزن يكون بمعرفة القيمة؛ وهنا القيمة

مرتبطة بالزمن. انظر: السرخسي، المبسوط، ٢٣٥/١١.

(٨) المرغيناني، الهداية، ٤٦٩/٩ - الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٥/٦.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٠/٦.

(١٠) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٤/٦.

- إذا انتهت المدة في المزارعة قبل إدراك الزرع؛ فعلى العامل أجر مثل حصته من الأرض حتى يدرك، وتوزع نفقة الزرع عليهما حتى تنتهي المدة بحسب الحصاص، وذلك من باب دفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما^(١).

٤) المساقاة:

الضابط عند الحنابلة: [المساقاة تصح معلقة ومؤقتة وكذا كل عقد جائز]^(٢)

والضابط: [التوقيت في المساقاة بدلالة العرف]^(٣).

والضوابط الفقهية تكشف عن وجه واحد من الأقوال الفقهية في اشتراط المدة في المساقاة، وهو ما قرره المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥) من عدم اشتراط التوقيت في المساقاة، مع اختلاف توجيه كل مذهب منهما؛ أما المالكية فالمساقاة عندهم تؤقت بالجداز-القطاف- لأنه المقصود منها سواء عقداها لعام واحد أو لأعوام عدة^(٦)، وأما الحنابلة فاستدلوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يضرب لأهل خيبر مدة في عملهم على شجرها، ولو كانت المدة شرطا لبينه عليه السلام^(٧). وعند الحنفية^(٨) والشافعية^(٩) يشترط لصحة العقد تحديد مدة العمل في المساقاة، ووجه هذا القول: إن المساقاة عقد على العمل، والقياس باشتراط تحديده، لأنها إجارة معنى^(١٠). وعليه، إن خرجت الثمرة في المدة فعلى الشرط بينهما، وإن تأخرت فسد العقد لفوات المقصود منه وللعامل أجر مثله عند الحنفية^(١١). وإذا انقضت المدة وعلى الشجر طلع، فللعامل نصيبه منها وعلى المالك التعهد إلى الإدراك عند الشافعية^(١٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٨٤ - ١٨٥ .

(٢) ابن قدامة، المقنع، ٢/ ١٤٧ .

(٣) المرغيناني، الهداية، ٩/ ٤٧٩ .

(٤) القرافي، النخيرة، ٦/ ٩٨ .

(٥) البيهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٧١ .

(٦) التسولي، البهجة شرح التحفة، ٢/ ٣٢٠ .

(٧) البيهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٧٠ .

(٨) شيخ زادة، مجمع الأثر، ٢/ ٥٩٦ - ٥٩٧ .

(٩) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٥٦ - الشربيني، مغني المحتاج، ٣/ ٤٣٠ .

(١٠) المرغيناني، الهداية، ٩/ ٤٧٩ . إلا أنها تجوز استحسانا بدون ذكر المدة وتقع على أول ثمر تخرج.

(١١) المرغيناني، الهداية، ٩/ ٤٨٠ .

(١٢) النووي، روضة الطالبين، ٥/ ١٥٦ .

التطبيقات العملية:

- ١- تصدر المصارف الإسلامية شهادات المشاركة في الأرباح لتمويل المشروعات-كسندات المقارضة- بقيم مختلفة وأجال متفاوتة؛ومن ميزاته توزيع الاستثمار وتقليل المخاطر^(١).
- ٢-المشاركة الثابتة إما أن تكون على شكل مشاركة في رؤوس أموال المشروعات-على المدى البعيد والمتوسط-، أو على شكل مشاركة بحسب الصفة-على المدى القريب-،وهي تمتاز بأنها تجعل دورة رأس المال أكثر سرعة^(٢).
- ٣- من المعاملات المعاصرة على صعيد المصارف الإسلامية ما يسمى بإطفاء الصكوك؛وهي أن يتعهد المضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار بشراء الصكوك في نهاية مدتها على أساس صافي قيمة الأصول،أو القيمة السوقية،أو القيمة العادلة،أو بثمن يتفق عليه عند الشراء^(٣).
- ٤-يتحدد العائد على حسابات الاستثمار المشترك في المصرف الإسلامي على أساس الوزن،أي نسبة مساهمة الوديعة في التشغيل النسبي،وحسب نوع الوديعة-حساب لأجل،أو حساب توفير،أو وديعة- بمعنى أن المدة الزمنية في الاستثمار منظورة في تحديد نسب الربح^(٤).
إلا أن ذلك لا يعني تقدير الزمن بالنقود؛لأنه أمر غير مادي،ولكن تقديره بما ارتبط به من العمل؛أي قيمة العمل في المدة^(٥).
- ٥- من الحلول المقترحة لعلاج مشكلة حساب كيفية توزيع الربح في الوديعة المسحوبة قبل نهاية فترة الاستثمار؛أن يتم تحويل الودائع إلى ودائع سنوية؛وذلك لقياس حجم الوديعة إلى حجم رأس المال،وبنسبة الفترة التي قضتها كل وديعة ولكن في نهاية السنة المالية،بمعادلة حسابية معينة^(٦).

(١) المالقي،عائشة،البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ص ٣٦٥ .

(٢) المرجع السابق،ص٣٧٥،٣٧٢.

(٣) معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،معيار شرعي رقم ١٢،الشركات، البند ٣/١/٦/٢ .

(٤) علي،محمد نور،الفروق الأساسية بين المصارف الإسلامية والتقليدية،الموقع www.muslimworldleague.org

(٥) البعلبي،أساسيات العمل المصرفي الإسلامي،ص٢٢.

(٦) الأبجي،كوثر،قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي،ص٥٩ .

المطلب الثاني: هلاك المال في الشركة:

الضابط :

[المشروط ينتفي بانتفاء شريطته] ^(١)

- والضابط عند الحنفية: [المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعاً] ^(٢).

- والضابط عند الشافعية: [عقد الشركة اقتضى أن يكون المالك كالمال الواحد؛ فكذا الضمان

وكذا النماء] ^(٣) والضمان عليهما لأنه بسبب المال، والربح لهما لأنه وليدة المال.

والضوابط تبين ارتباط استمرار العقد باستمرار تحقق شرطه من توفر المال محل الاستثمار،

وإلا فإن المنطق العقلي يقضي بانتفاء العقد بهلاك متعلقه.

إلا أن الحكم عند الحنفية يختلف بين وقوع هلاك المال في الشركة، وبين وقوعه في المضاربة

^(٤)؛ فإذا هلك المال في الشركة قبل الشراء بالمال، فإن الحكم فيها يحدده الضابط: [هلاك المحل

قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله] ^(٥)، لأن مقصود الشركة الاسترباح، وهو يكون بالشراء

أولاً، ولما كان المال في الشركة عند الحنفية يتعين بالتعيين، فإن هلاك أحد المالكين يعني فوات

محل العقد؛ وهو ما عبر عنه الضابط بأن المشروط-الاسترباح في الشركة-ينتفي بانتفاء المال

والذي هو سببه.

- أما إن وقع الهلاك بعد الشراء بالمال، فالحكم فيه: [لازم الشركة أن الهلاك عليهما] ^(٦)

وتعليقه هو: [أن الشركة إذا بطلت؛ بطل ما في ضمنها من الوكالة ما لم يصرح بالوكالة] ^(٧).

والفرق للحنفية بين التصريح بالوكالة، أو جريانها ضمناً في العقد أنها إن صُرح بها كان

المُشترى بمال أحدهما بينهما وإن هلك مال الآخر، أي أن الوكالة الصريحة لا تبطل ببطلان

الشركة، لأنها أصبحت مقصودة، ويقع المشترى بينهما شركة ملك ^(٨).

- وعند المالكية: إذا خُلط مال المتشاركين فإن ضمانه يقع في حال هلاكه عليهما بحسب ما لكل

واحد منهما من حصة فيه، أما إن هلك مال أحدهما قبل خلطهما؛ فإن ضمانه من صاحبه

(١) إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية الكويتية، ص ٣٩.

(٢) البابرني، العناية على الهداية، ١٧٩/٦.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٢٢/٤.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٧٩/٦.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٣/٦.

(٦) السرخسي، المبسوط، ١٨٠/١١.

(٧) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٨/٣.

(٨) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/٣٤١ - الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣٢٣.

وحده، ويبقى المشتري في السالم من الأموال بينهما، بعد أن يؤدي من تلف ماله حصته من الثمن^(١).

- ولا خلاف عند الشافعية بأن ما تلف من مال الشركة بعد الخلط أنه من ضمانهما، وأما قبله فما تلف على صاحبه لأن الشركة لم تقع حقيقة وإن صرح بلفظها^(٢).

- أما الحنابلة فالحكم عندهم أن ما هلك من المال يتحملة الشركاء جميعاً، حصل خلط المال أو لم يحصل؛ لأن العبرة في ضمان الهالك من المال بصدور العقد من أهله في محله، وبه يثبت الاشتراك في غرمه وغنمه^(٣).

والراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من وقوع الهلاك على الشركاء جميعاً؛ أما الشافعية فالأمر عندهم واضح لما استقر من قيام شركة العقد على الشركة بالملك؛ لا اشتراطهم الخلط. وأما قول الحنابلة فهو الأولى في الاعتبار، لأنه جعل مناط الحكم بضمان المال الهالك شركة بما صدر من العاقل بلفظه في محله، وإلزامه نفسه ما لم يكن يلزمه، فيقع الهالك من المال على الشركاء جميعاً.

وفي المضاربة: جاء الضابط عند الحنفية: [هالك الأمانة كهلاكها في يد المالك]^(٤)

والحكم في هلاك المال في المضاربة بيد العامل يختلف عما هو عليه في الشركة حيث كل شريك فيها عامل:

- فإذا هلك المال بيد المضارب بعد قبضه وقبل الشراء به تبطل المضاربة ويفسخ عقدها؛ لأن النقود تتعين في المضاربة بالقبض لا بالعقد، وقد هلكت فلا يعوضها رب المال^(٥).

- أما إن هلك المال بعد الشراء به وقبل نقده؛ كما لو اشترى بضاعة بألف المضاربة ولم ينقدها، فإن المضاربة باقية، ولا تنفسخ عند الحنفية ويعود العامل على رب المال بالثمن مرة أخرى -

الألف-، وهكذا حتى يصل الثمن إلى البائع^(٦)؛ ولا ضرر عليه لأن مجموع ما دفع في المرات كلها يكون رأس مال المضاربة الواجب تسليمه قبل توزيع الربح.

إلا أن ما يخلفه رب المال مما تلف من مال المضاربة مشروط باستمرار عقدها؛ حتى إذا فسخا العقد- بعد تنضيض المال والمحاسبة التامة بينهما والقسمة- ثم استأنفا نشاطهما، وتلف المال مرة

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٤١/٦.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٧٧.

(٣) المرادوي، الإصناف، ٥/٣٠٥.

(٤) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/٥١٣.

(٥) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣/٣٢٣.

(٦) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/٥١٥.

أخرى، فإنهما لا يترادان ربح الأولى؛ أي أن هلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض المضاربة الأولى^(١).

وعند الجمهور من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إذا هلك بعض مال المضاربة بعد الشراء به وقبل نقده فإن المضاربة تستمر ولا يفسخ العقد، ويلزم رب المال الثمن، ويصبح رأس مال المضاربة هو الثمن دون التالف^(٥). أما إذا تلف كل مالها فسخت المضاربة، فإذا حصل ودفع رب المال للعامل مالا جديدا كان المدفوع هو رأس مالها دون التالف؛ لأن الأولى انفسخت بهلاك المال.

التطبيقات العملية:

- هلاك المال في الشركة أو المضاربة هو حالة أكبر من الخسارة؛ لأن الهلاك فيه اختلال شرط محل العقد، وفي الخسارة المشكلة تكمن في عدم تحقيق العقد لغاياته.

- هلاك المال قد يحول العمل في الشركة من نمط استثماري إلى نمط آخر، مثلا هلاك المال ينهي الشركة بالأموال وقد تبدأ شركة وجوه؛ بأن يضمننا جميعا ثمن المشتري في ذمتها، لكن استمرار العاقدين في العمل لا يعني أن الشركة الأولى مازالت قائمة، لأن وصف الشركة قد زال بزوالها، وأن ما آلت إليه هو اسم واعتبار جديد.

- التأمين على أصول الشركة العينية والنقدية يمكن أن يخفف من غلواء القول بانتهاء الشركة بهلاك المال؛ لأن ما تدفعه شركة التأمين هو بدل الهالك، أي أن العقد في حقيقته مستمر بشروطه. - من الهلاك المعنوي للمال سقوط قيمة العملة سقوطا حادا، تفقد معها قوتها الشرائية، ويحكم به بانتهاء الشركة إن عجز رأس المال فيها بقيمته الجديدة عن تحقيق الكفاية في التزاماتها.

المطلب الثالث: الشركة الفاسدة:

مر في حثيات هذه الدراسة العديد من الحالات التي حُكم فيها بفساد المعاملة لاختلال شرط في ميزان المذهب، والمقصود هنا وضع الإطار العام للشركة الفاسدة - مع ما قد يتقاطع منها مع ما سبق -.

وأتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٢/ ٥١٥ .

(٢) عليش، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/ ٥٢٩. وبناء عليه جاء الحكم عندهم: إذا اشترى العامل سلعة للقراض، ثم ذهب ليأتي بثمنها فوجد المال قد ضاع، وأبى صاحبه من خلفه لزمته السلعة التي اشترىها، فإن لم يكن له مال يبعث عليه، وربحها له وخسارتها عليه.

(٣) الماوردى، الحاوي، ٧/ ٣٣٣ - الأسيوطي، جواهر العقود، ١/ ٢٤٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٣٩ .

(٥) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٣٩ .

الفرع الأول: ماهية الشركة الفاسدة:

اتفق الفقهاء على أن وصف الفساد في الشركة إنما هو بسبب وقوع مخالفة في واحد من مقتضياتها، ولكنهم اختلفوا في مدى تأثير هذا الفساد على العقد، وأي المفسدات نالت الاتفاق عليها وأياها وقع الاختلاف فيه^(١)، وهو ما عبر عنه الضابط: [الشروط الفاسدة هي التي تخالف مقتضى العقد، وتارة تفسد بنفسها والعقد بحاله، وتارة تُفسد العقد وذلك إذا عادت على مقصوده بالتغيير والتبديل]^(٢).

وأعرض ضوابط الفساد في كل مذهب، وما رتبوا عليه من الآثار العملية.

١- عند الحنفية ضابط الشركة الفاسدة: [هي التي فاتها شرط من شرائط الصحة]؛ وشرائطها هي: (٣)

- أهلية العاقدين للتوكيل والتوكل.

- قابلية المحل للوكالة؛ بأن يكون عملها في غير تملك المباحات- وهو ما صححه الشافعية والحنابلة^(٤).-

- وأن يكون الربح بين الشركاء بنسبة شائعة معلومة.

٢- وعند المالكية ضابط الشركة الفاسدة هو [اشتراط التفاوت بين الشركاء في الربح أو العمل]^(٥) لأن شرط صحتها عند المالكية هو التساوي بين الشركاء في المال والعمل والربح وهي تفسد كذلك إن كانت من الشركة بالطعامين؛ لوقوع المحذور من بيع الطعام قبل قبضه^(٦). وبناء على الضابط فإن الشركة تفسد إن اطلقت من جهة أحدهما دون الآخر، أي إن اشترط نفي الاستبداد من أحدهما فقط، وصورتها هي محاولة التلفيق بين شركتي المفاوضة- بمفهوم المالكية- وشركة العنان؛ وذلك للتفاوت بينهما في العمل^(٧)

(١) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٣٤٤/٢ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٠/٣ - الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٣ - البهوتي، كشاف القناع، ٥٣٩/٣.

(٢) السعدي، القواعد، ص ١٢٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٧/٦ - السعدي، التنف، ٥٣٦/١، وانظر نماذج عملية للشركة الفاسدة باعتبار عدم قابلية المحل للتوكيل: السرخسي، المبسوط، ١١/٢٣٥-٢٣٨ - إبراهيم، الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية- الشركة-، ص ١٠٨.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٢٨١/٤ - ابن قدامة، المغني، ٥/٥.

(٥) الرديري، الشرح الصغير، ٤٦٠/٣ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٣٤٩.

(٦) الرديري، الشرح الصغير، ٣/٤٦١.

(٧) المرجع السابق، ص ٤٧١.

الآثار العملية: تفسخ الشركة إن اطلع على التفاوت قبل العمل؛ وإلا بأن اطلع عليه بعد العمل
فض الربح على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بما ثبت له عند الآخر من أجر
عمل أو ربح^(١).

٣- وعند الشافعية الشركة الفاسدة: [هي التي اشترط فيها ما يخالف موضوع الشركة]^(٢):
- كما لو شرط الربح والخسران بخلاف رأس المال، فسدت.

- أو إن شرطاً الزيادة في الربح للأكثر منهما عملاً بطل الشرط؛ كما لو شرطاً التفاوت في
الخسران^(٣).

والآثار العملية التي رتبها الشافعية على فساد الشركة :

أ- يرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله كما في القراض إذا فسد^(٤).
ب- تنفذ تصرفات الشركاء مع فساد الشركة؛ وذلك لوجود الإذن^(٥).

٤- والضابط عند الحنابلة: [كل عقد لم يرد الشرع بمثله، وكثر فيه الغرر فهو فاسد]^(٦).
[وكل ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه فأشبهه ما ينافيه في أنه يفسد الشرط وحده]^(٧).
- وعليه لاتصح الشركة مفاوضة بمعنى أن يتساويا في ماليهما وما وجب عليهما، وأن يدخل
فيها الاشتراك بالأكساب النادرة^(٨).

- وإذا شرط على العامل المضاربة في مال آخر لرب المال؛ فسد العقد لأنه من البيعتين في
بيعة^(٩).

أما ما يفسد من الشروط وحده- وذلك لمنافاته مقتضى العقد، أو لأنه لا مصلحة فيه - ويصح معه
العقد عند الحنابلة: ^(١٠)

- إذا اشترط الشريك أو رب المال على شريكه أو على العامل في المضاربة ضمان المال.
- أو أن يكون قسط الخسارة أكثر من حصة الشريك في المال.

(١) الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٦٨ .

(٢) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٢٨ .

(٣) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٢٨ .

(٤) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٢٨ . وانتقد الكاساني القول باجتماع الأجرة والربح للشريك في الفاسدة، وقال فيه: إنه قول غير

سديد. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٧٧

(٥) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٢٢٨ .

(٦) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٦٤ .

(٧) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٩ .

(٨) ابن قدامة، المعني، ٥/ ١٨ - البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٦٤ .

(٩) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٩ .

(١٠) البهوتي، كشف القناع، ٣/ ٥٣٩ .

- أو إن شرط عليه الارتفاق في السلع - بيعها مجاناً -؛ فسد الشرط لأنه لامصلحة فيه .
 - أو إن شرط عليه أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها، أو لزوم العقد، أو شرطه الخدمة لأجنبي؛ فهذه الشروط ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه فأشبهت ما ينافيه .
 الآثار العملية: (١)

أ- يقسم الربح في الشركة الفاسدة على قدر المالكين .

ب- ما عمله كل واحد منهما له أجرته .

الفرع الثاني: المضاربة الفاسدة:

والضابط العام فيها أن: [كل ما يفسد الشركة يفسد المضاربة] (٢) لأن المضاربة شركة في الربح، إلا أنها تزيد عن الشركة بما اختصت به من استثناء العامل فيها بالعمل ضمن مجموعة من الشروط والمحددات التي يفرضها عليه رب المال، بالإضافة إلى ما يثبت بمقتضاها .

الضابط الأول:

١- الضابط عند الحنفية: [أن المضاربة إنما تفسد بالشروط الفاسدة، أو بمخالفة المضارب للأمر] (٣) .

- وجاء عندهم أيضاً الضابط: [المضاربة عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه] (٤) .

- وجاء التوفيق بين الضابطين أن: [الشرط الفاسد إذا دخل في عقد المضاربة يُنظر؛ إن كان يؤدي إلى جهالة الربح أو فساد العقد، وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة] (٥) .

لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه تفسد العقد، وأما غيره فلا يفسدها لأن مبنى

عمل المضاربة هو الوكالة بالمال، والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد (٦) .

وأما أن صحتها تتوقف على القبض فالسبب فيه أن المال في المضاربة لا يتعين إلا بالقبض، حتى إذا هلك المال قبل قبضه انفسخت المضاربة .

(١) البهوتي، كشف القناع، ٣/٥٣٩ .

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/٤٢ .

(٣) السعدي، النتف، ١/٥٤٠ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٨٦ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٨٦ - وفي المزارعة انظر: البابرتي، العناية، ٩/٤٧٧ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٨٦ - السرخسي، المبسوط، ١١/١٧١ .

ومن الشروط الفاسدة في ربح المضاربة؛ أن يحدد رب المال للعامل ربح صفقة معينة من تجارتهما، أو دنانير معدودة فوق النسبة المقررة من الربح^(١).

والآثار المترتبة على فساد المضاربة :

الضابط في أثر فساد المضاربة هو [أن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة]^(٢)

فيكون الحكم فيها: [ليس للمضارب في الفاسدة أن يعمل ما كان يعمل بمقتضى الصحيحة]^(٣) بمعنى ما جاز له من التصرفات كالإبداع، والإبضاع، والاحتيايل والرهن، وهو لا يستحق النفقة ولا الربح المشروط له؛ لأنه بفساد العقد أصبح بمعنى الأجير، له أجر مثله ربح المال أو لم يربح^(٤).

وإذا تلف المال في يد المضارب في المضاربة الفاسدة، فله أجر مثله في العمل الذي وقع منه فعلا، والمال غير مضمون عليه؛ لأنه يده أمانة سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة^(٥).

٢- الضابط عند المالكية: [تفسد المضاربة إما بزيادة زادا رب المال، أو بالتحجير على العامل في عمله بتحديد زمان، أو مكان، أو شخص يعامله]^(٦).

ويخصصها الضابط: [إن دخل الغرر المعاملة انقلبت إجارة]^(٧).

- ومن الزيادة التي يشترطها رب المال في المضاربة مما لم يكن من مقتضياتها؛ لو كان العمل المتفق عليه هو التجارة في الحبوب فاشترط على العامل تنقيتها، أو أن يشترط عليه أن يشارك بمال المضاربة غيره.

- ومن التحجير فيها: التقييد على العامل في ما أطلق له بمقتضى عقد المضاربة بناء على أن الأصل فيها هو الإطلاق، لأن غايتها الاسترباح وهو يضيق بالتضييق.

- وأصل الغرر: هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا^(٨)، ومن الغرر في المضاربة؛ أن يدفع المالك ماله ويشترط على العامل أن يعمل في نصفه وما ربح فيه فهو لرب المال، وما ربح في النصف الثاني فبينهما على النصف، أو أن يوزع ربح الأولى أثلاثا للعامل الثلث، والباقي للمالك، وربح

(١) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ٤٤٨/٨ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٦/٦ - الزيلعي، تبیین الحقائق، ٦٩/٥ .

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٨/٦ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٨/٦ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٨/٦ .

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٥٢١ . وهو كذلك في المزارعة، انظر: الدردير، الشرح الصغير، ٣/٤٩٧ .

(٧) القرافي، الذخيرة، ٤١/٦ . وهو كذلك في المزارعة، انظر: التسولي، البهجة، ٢/٣٢٦ .

(٨) القرافي، الفروق، ٣/٢٢١ .

الثانية على النصف والحال أنه دفع المال إليه دفعة واحدة؛ والمانع منها هو ما فيها من الغرر لاحتمال ضياع عمل المضارب في إحداهما إن هي خسرت^(١).

الآثار العملية: والحكم عند المالكية في حال فساد المضاربة هو وجوب فسخها متى عثر عليه قبل العمل أو بعده، فإذا عمل المضارب فإن ما له فيها يتفاوت بين أن يُردّ إلى قراض المثل أو إلى أجره المثل^(٢).

٣- الضابط عند الشافعية: [تفسد المضاربة باشتراط كل ما يخالف مقتضاها]^(٣).
ومن المفسّادات عندهم:

- إن شرط الربح لمن ليس بمالك في المضاربة ولا عامل فيها^(٤)، أو إن كانت بمعنى الإبضاع؛ أي بأن يكون الربح كله للعامل^(٥).

- أو إن اشترط رب المال على العامل أن يشتري قماشا ويخيطه؛ لأن القراض شرع رخصة للحاجة، وهذه الأعمال بما هي منضبطة فيمكن الاستئجار عليها، فلم تشملها الرخصة، فالعامل فيها ليس متجرا بل محترفا وليست هذه وظيفة عامل القراض^(٦).

وفي أثر الفساد جاء الضابط عند الشافعية يقرر: [متى فسد الشرط لم يؤثر في فساد التصرف لوجود الإذن، والربح على المال]^(٧) وينفذ تصرفه كما في الوكالة الفاسدة^(٨)

والسبب في نفاذ التصرف مع الفساد؛ هو أن الشركة عند الشافعية غلب عليها أنها وكالة كسائر الوكالات وليست عقدا^(٩)، والوكالة تكليف بالعمل، بمعنى أنها من باب الأمر والمأمور، والفساد إن لم يكن في محل العقد أمكن تجاوزه والإبقاء على الإذن، أما في العقود فالأصل فيها تحقيق التساوي والتوازن بين طرفي العقد.

٤- وجاء الضابط عند الحنابلة: [الفساد متى كان لمعنى في العوض المعقود عليه أفسد العقد]^(١٠) وماعدا ذلك فالعقد صحيح.

(١) القرافي، النخيرة، ٦/ ٤١.

(٢) القرافي، النخيرة، ٦/ ٤٦، ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٦٥.

(٣) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤٠١.

(٤) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤٠٧.

(٥) الغمراوي، السراج الوهاج، ص ٢٨٠.

(٦) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤٠١.

(٧) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨٤.

(٨) الشربيني، معني المحتاج، ٣/ ٤٠٧.

(٩) النووي، روضة الطالبين، ٤/ ٢٨٤.

(١٠) ابن قدامة، المعني، ٥/ ٤١.

فالضابط عند الحنابلة يقصر الفساد في المضاربة على ما أدى من الشروط إلى قطع الربح فيها؛ وهو ما قرره الحنفية من أن كل ما أتى على المعقود عليه بما يخالف مقتضى الاشتراك في الربح يفسد المضاربة.

وفي أثر الفساد جاء الضابط عند الحنابلة يقرر: [العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة؛ فسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن]^(١). وهو ما قررته المذاهب جميعاً من صحة التصرفات بناء على الإذن عند العقد؛ إعمالاً للمصلحة في عقد يملك كل طرف فيه الفسخ والإبقاء في الأحوال العادية.

الفرع الثالث: أحكام الشركة الفاسدة:

الضابط الأول:

[فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه]^(٢).

والضابط: [العقد الفاسد في كل أمانة وتبرع كمضاربة وشركة ووكالة ووديعة ورهن وهبة وصدقة كصحيح في ضمان بتفريط وعدمه]^(٣).

ودليل هذا الضابط هو ما استقر في أصول الفقه من أن الفاسد من العقود لا يكون أصلاً في معرفة حكمه؛ لأنه استثناء عن حكم الصحيح .

والمقصود من الضابط هو أن العقد الفاسد كالصحيح في أصل الضمان، وليس المعنى فيه أنه في كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح ضمن فيها في الفاسد^(٤).

والعبارة في الضابط تتحل إلى جملتين: (٥)

- كل عقد اقتضى صحيحه الضمان، فأولى أن يجب في فاسده- ولها مستثنيات - .

- وكل عقد لا يقتضي صحيحه الضمان- بعد التسليم- فكذا الحكم في فاسده؛ كما في الوديعة والرهن، ويستثنى منه عقد الشركة؛ فالشركة إن كان فسادها لمخالفة الشريك مقتضى العقد- أو ما عبر عنه الشافعية بتصرف الشريك بالمال على وجه الضرر- كما لو سافر بالمال من غير إذن، أو باع بالغبن الفاحش؛ فإنه يضمن المال إن تلف، ويضمن حصة شريكه في ما باعه بالغبن أو بالنسيئة^(٦).

(١) الكرمي، غاية المنتهى، ١٥٢/٢.

(٢) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ٣٠٧/١ - الزركشي، المنتور، ٨/٣ .

(٣) البهوتي، كشف القناع، ٥٤٠/٣ - الكرمي، غاية المنتهى، ١٧٠/٢ .

(٤) البهوتي، كشف القناع، ٥٤٠/٣ .

(٥) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلاني وكلام الأسنوي، ٣١٩ /١ .

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٢٢٧ /٣ .

التطبيقات العملية:

- ويظهر حكم الضابط في الشركة من خلال إلغاء شرط الزيادة لأحدهما في الربح؛ فالشركة إن كانت صحيحة مستوفية الشروط، فإن الشريك يستحق فيها ما سمي له من الربح وإن زاد عن حصته المالية، وأما في حال فسادها فإن شرط الزيادة في الربح لأحدهما يفسد، ويوزع الربح على قدر المالين عند جميع الفقهاء^(١).

- وفي المضاربة الفاسدة يستحق العامل فيها أجر المثل عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢)، ويتفاوت الحكم عند المالكية بين أجره المثل وقراض المثل بحسب أثر الشرط الفاسد على العقد^(٣)، وعند ابن تيمية له ربح المثل لا أجره المثل؛ لأن الضابط يقرب حكم الفاسد من العقود الصحيح، والعامل يستحق في الأصل الربح المشروط له في العقد، وعليه فإنه يستحق في الفاسدة ربح المثل^(٤).

- يستحق العامل في المضاربة الفاسدة الأجرة بشرط حصول ربح في المال عند أبي يوسف من الحنفية؛ وإلا فلا شيء له كما في الصحيحة؛ لأن فاسد العقود معتبر بصحتها^(٥). ولم يسلم قوله من الاعتراض؛ فالعقود إنما يعتبر فاسدها بصحتها عند اتحاد انعقادها كالإجارة الصحيحة والفاسدة وليست المضاربة كذلك، لأنها إن صحت انعقدت شركة، وإن فسدت إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة لا بالمضاربة الصحيحة^(٦).

- لاضمان على الشريك أو المضارب إذا تلف المال تحت يده من غير تعد؛ لأن إثبات اليد على المال كان بحكم الوكالة في الشركة، أي أنه بإذن من المالك - الشريك الآخر -، فلا ضمان عليه^(٧)، وهو كذلك لا يضمن ما تلف تحت يده في العقد الفاسد، وكيف يقال بتضمينه في الفاسدة وهو الذي ينفذ تصرفه فيها!^(٨)

(١) المرغيناني، الهداية، ١٩٤/٦ - القرافي، الذخيرة، ٦٦/٨ - النووي، روضة الطالبين، ٢٨٤/٤ - البيهوتي، كشف القناع، ٥٣٩/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٨/٦ - الماوردى، الحاوى، ٤٧٩/٦ - البيهوتي، كشف القناع، ٥٤٣/٣.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٩ - ٥٢٠.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٣٥٦/٢٠.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٨/٦.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٨/٦.

(٧) ابن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلاني وكلام الأسنوي، ٣١٩/١ - المرغيناني، الهداية، ٤٥٨/٨.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ٢٢٨/٣.

الضابط الثاني:

ضابط: [أجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين]^(١)

وفي المزارعة: [إذا فسد العقد وفاتت العين وامتنع الرد وجب الرجوع إلى المثل أو القيمة]^(٢).

والضوابط تغل وجوب أجر المثل للعامل في المضاربة وملحقاتها من العقود التي اجتمع فيها عنصر المال والعمل؛ بأن العقد فيها إذا ظهر فسادها، فإن ما سمي للعامل في العقد يكون لغواً، والحال أن رب المال قد استوفى من العامل جهداً، وهو في حقيقته مال، فكان التصحيح العادل بأن يستحق العامل أجر المثل بما هو مقابل العجز عن دفع الربح المشروط له، وهو كما عدلنا عن المثلي في حال تلف العين - وهي الأصل الواجب الأداء - إلى القيمة العادلة^(٣).

الضابط الثالث:

[الرضا بالمجهول لغو]^(٤)

والضابط جاء في تعليق وجوب تحديد أو إطلاق أجر المثل بأن لا يجاوز المسمى للعامل في العقد الصحيح.

وصورتها: إذا عقد اثنان شركة بينهما على إحراز المباحات - وقد تقرر فسادها عند الحنفية -، فإذا عمل أحدهما وأعاناه الآخر في جمع وربط ما تم إحرازه، فإن الربح يكون للعامل منهما، وأما المعين فله الأقل من أجرة المثل وما شرط له في عقد الشركة عند أبي يوسف؛ لأنه إن رضي بالشرط فقد أسقط حقه في كل زيادة^(٥). أما عند محمد فلمعين أجر مثله بالغاً ما بالغ، وأن المعين هنا اختص بهذا الحكم الذي خرج به عن قياس حكم الأجير في الإجارة الفاسدة. والفرق بينهما: أن العامل في الإجازات الفاسدة استحق أجر المثل لأنه في عقده الصحيح سمي له قدر معلوماً، فكان الرضا بالأجرة المحددة إسقاطاً لما زاد، وأما هنا فالمعين شريك في ربح مجهول - معدوم - والرضا بغير المعلوم لا يتحقق، فلم تكن تسمية الربح الشائعة مسقطاً للزيادة على المسمى^(٦).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢٣٧ .

(٢) العلمي، النوازل، ٢/ ٢٤١ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٤٢ .

(٤) شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١/ ٣٤٤ .

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٣ .

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٦٤ .

الخاتمة والتوصيات

وأعرض بعد هذه الجولة في ضوابط الشركات بأنواعها وشروطها المختلفة، أهم ما جاء فيها، وما يجدر ملاحظته من أحكامها:

- إن بحث الضوابط الفقهية ودراستها في مجال المعاملات-ومنها الشركات- من خلال النظر في الموافقات والمفارقات بين الآراء الفقهية، يهدف إلى معرفة حدود ما يمكن تأسيسه ليتكامل العمل الاستثماري مع العمل المصرفي الإسلامي.
- تظهر أهمية ودور الضوابط الفقهية من خلال الصيغة التي كانت ترد بها في كتب الفقه؛ فمثلا كان يلخص الحكم الشرعي بكلمة والحاصل ثم يذكر الضابط الفقهي وكأنه خلاصة فقه المسألة ولبّه، وقد يرد الضابط ويُتبع بقوله: وليحفظ، وهو إيجاز محكم لغاية الضوابط الفقهية.
- إن محاولة تحقيق العدل بين الشركاء-كما قرر ابن تيمية- هي المناط العام الذي مُنع بموجبه أن تكون حصة الشريك ديناً غائباً، أو أن يكون من العروض، لما قد يؤول إلى الربا أو ربح أحدهما ما لم يضمن.
- إن تحقيق مقاصد الشرع في حفظ المال بإبقائه والاستمرار في تشغيله تقتضي إسباغ الشخصية الاعتبارية لكيانات مادية كي تتمكن من تدوير المال وعدم تعطيله أو هدره.
- الأصل في الشركات الإسلامية مراعاة الاعتبار الشخصي وليس المادي بشكل أساسي-كما في نظم الشركات القانوني-؛ لذلك ترى من الفقهاء من يمنع الشركة مع غير المسلم.
- المتتبع للضوابط الفقهية حسب ما وردت في كتب الفقه، أو كتب القواعد والأشباه والنظائر؛ يخلص إلى أن الضوابط الفقهية في الواقع على ثلاثة مستويات؛ ضوابط كلية هي أقرب إلى القاعدة الفقهية، وأخرى جزئية عامة، وثالثة جزئية خاصة حيث ترد هذه بصيغة حكم شرعي هو حكم فقهي كلي، لا جزئي محدود بحدود المسألة.
- يمكن لنظام الشركات كصيغة تمويل إسلامي أن تسد الاحتياجات الإنمائية للمؤسسات والمرافق الحكومية، وهي أيضاً البديل الشرعي لنظام الإقراض الزراعي الربوي وذلك بإصدار سندات المشاركة الزراعية مثلاً.
- إذا كان الخلاف في ما يصلح رأس مال المضاربة وما لا يصلح له ما يبرره كما في المنع من المضاربة بالفلوس عند الحنفية خوفاً من أن تكسد ولا تعرف قيمتها فيتضرر رب المال، فإنه في الشركة عند الشافعية أولى؛ وذلك لقيام الشركة في العقد عندهم على شركة الملك، وما يستوجب ذلك من الخلط.

- يمكن إيجاز شروط رأس المال في الشركة عند الشافعية؛ باتفاق المالكين في الجنس والصفة، وخطهما، ثم الإذن بالتصرف فيهما .
- المتأمل في تفريعات المالكية في ما لشريك المفاوضة خصوصا، أو للشريك عموما يلحظ اهتمام المذهب ببناء قاعدة علاقات اجتماعية جيدة مع جمهور المتعاملين؛ وكأن نجاح الاستثمار في نظام الشركات مرتبط بالمصداقية واللياقة في التعامل، وهي من معاني قوله عليه السلام " إن برا وصدقا بورك لهما" (١).
- إن شركة المفاوضة عند الحنفية بشروطها الصارمة، قد يبدو للبعض عدم جديتها لفقدانها عناصر الديمومة لدقة شروطها؛ والواقع أن تفصيل الحنفية في أحكامها مأراة إلا لما لمسوه من الحاجة إلى هذا النمط الاستثماري كما في حالة الورثة يبقون في ما بينهم على حكم الشركة. ومن فوائدها؛ شعور الشريك بالأمان لمكان الكفالة فيها .
- ومع ذلك فإن في هذه الشركة خروجاً عن الإطار العام من تشريع الشركات وهو تحصيل الربح، إلى ضرورة مراقبة ومتابعة مدى تحقق شروطها من عدمه .
- في انعقاد الشركة اكتفى أبوحنيفة في الانعقاد بصدور العقد من أهله، وأما مالك فاشتراط مع ذلك تصرف الشركاء في المال، وعند الشافعي يضاف إليهما الخلط .
- المتأمل في ضوابط المذهب الحنبلي -باعتباره المتأخر في الزمان عن المذاهب الأخرى-؛ يجده قد استوعب كثيرا من أحكام المعاملات المعاصرة، وكان هديه دائما هو أن المعاملات من الحاجيات وهي من مستوى المباحات شرعا، وفي ذلك مرونة؛ من ذلك ما جاء عندهم من السماح بعمل رب المال مع المضارب -بلا تحجير-، وما يمكن أن تستفيد المصارف الإسلامية التي تتعامل بهذه الصيغة من الدخول على خط العمل.
- إن اختلاف الفقهاء في ما يملكه الشريك من التصرفات وما لا يملكه، وتباين موقفهم في التصرف الواحد-كما في الإبضاع- كان سببه الاختلاف في الغاية المنظورة عند كل مذهب؛ فعند الحنفية مثلا كان البحث عما فيه زيادة مال الشركة، وعند الشافعية والحنابلة كان الحرص على درء الخطر عنها، وكلاهما مطلوب.
- إن التشابه في الأحكام بين المذهبين الحنفي والحنبلي في باب تصرفات الشركاء لا يعني الانسجام الكامل بينهما، لاختلاف مناط الحكم في كل مذهب، ففي الوقت الذي كان فيه معيارهما اعتماد ماجرى عليه عرف التجار، إلا أن الأحكام عند الحنابلة كانت دائما ترقب أن حقوق العقد لا تتعلق بشخص العاقد، بل تلزم الشركة ككل.

(١) سبق تخريجه، ص ٣٠، ٧٣

- الأصل عدم جواز اجتماع عقدي الوكالة والكفالة في معاملة واحدة للتنافي بين أحكامهما ومنعاً من وقوع الربا، ولكن الذي سوغ ذلك في المفاوضة -في ما بدالي- أن التساوي بين الشركاء في مقومات الشركة أصل فيها، فانتهى المحذور.

- إن معنى الوجاهة كقيمة اجتماعية في شركة الوجوه وإن كان من مقتضيات الكلمة، إلا أنه ليس المعنى المقصود بأن يتخذ الصيت والسمعة العامة حصة في الشركة، ولكن المقصود أن تسهل المكانة الاجتماعية لشريك الوجوه الشراء بالدين، لأن المال المضمون هو السبب في استحقاق الربح، حتى إذا كان الاسم التجاري من نوع الحقوق التي يستعاض عنها بالمال عرفاً -كالحقوق المسجلة في وزارة الصناعة والتجارة- كان الأمر مختلفاً، لأن الحصة هنا باتت حصة مالية حقيقة وليست من الشراء بالدين.

- إن ما بنيت عليه أحكام الشركة من قيامها على مبدأ الوكالة، ظهر في مواضع عدة كما في اشتراط أهلية العاقدين للتوكيل والتوكل، وأن يكون العمل في الشركة مما يصح التوكيل به، وأن الشركة تبطل بما تبطل به الوكالة، ثم يغيب معنى الوكالة في الشركة في عدم اشتراط تحديد جنس المشتري أو نوعه أو الثمن؛ والسبب في ذلك اختلاف الغايات؛ فهي في الشركة تحصيل الربح فناسبها الإطلاق، وفي الوكالة الغاية تحصيل المشتري، فكان التقييد .

- إن في قول المالكية باشتراك المضارب ورب المال في الربح وتحمل المضارب وحده الخسارة في حال مخالفته الأمر أو التقييد المشروط، مظهراً من مظاهر الرفق الذي اتسمت به الشركة عند المالكية، من ضمان العامل في غير الحالات العادية.

- إن اللزوم كصفة لعقد المزارعة، أو الشركة عند المالكية، لا يعني أن العقد بات طوقاً خانقاً على العامل، بل إن هناك فسحة بالخروج من خلال الأعذار المبيحة للفسخ، ولكن المقصود من اللزوم هو احترام حقوق المتعاقدين.

- إن المتأمل في الضوابط الفقهية وفي الأحكام التي ترتبت عليها، يلحظ أن هناك تركاً للضابط وحكمه -أحياناً- وإباحة للفعل مع مخالفته لأصول المذهب، معلقاً ذلك على عمل الماضين من السلف، وما أراه مجرد عمل، بل هي مصلحة أبعد نظر إليها الماضون هي أقوى من مصلحة حفظ الفقه بضوابط وإعمالها، كما في إباحة المالكية للشركة بالوجوه إذا عيّن نوع المعقود عليه، واشتركا في ضمانه .

- لا يعني إدراج أحكام المضاربة والمزارعة والمساقاة في الشركات انطباق أحكام الشركة عليها كلياً، ولكن لما لمست من انسجام بينهما منعي من إهمالها، دون أن تشملها أحكام الشركة دائماً.

- إن دراسة أحكام الشركات بالمفهوم الشرعي مع غيابها عن الساحة العملية، وإن لم يظهر أثره المباشر في الواقع العملي القريب، إلا أنني أراه ضرورياً لأنه نموذج العمل الأسلم والأففع على صعيد الفرد والمجتمع، ولأن هذا النظام هو عمدة عمل المصرفية الإسلامية، وهي النموذج الذي بات يبحث فيه ليحتذى به.

- ما جاء من الضوابط الفقهية بصيغة الاستفهام؛ كان الترجيح فيه يختلف باختلاف الفروع، وكأن العبرة في ذلك اختلاف مناط كل فرع من الفروع وإن اتفقت في الأصل العام، والنتيجة هي أن الخلاف الفقهي في باب الشركات قد يندرج في هذا الباب.

- القول بأن العدل بين المتشاركين هو الأصل في التعامل، وهو كذلك ما ينبغي تحريه إذا مالت كفة أحد الأطراف على حساب الأخرى، يؤكد هذا المعنى إن الشركة إذا حُكم بفسادها-لاختلال شرط- فإن الحقوق المتفق عليها لا تثبت؛ وإنما يُصار إلى تحقيق العدالة بين الشركاء بأن تقسم الأرباح بحسب رأس المال.

- من البدهي أن تتفاوت أسباب الفساد بين المذاهب الفقهية لما عُلّم من أن الفساد إنما يحدث إذا اختل معنى أو أصل من أصول المذهب؛ فهي تفسد عند الحنفية والحنابلة إن حصلت جهالة في الربح، وعند المالكية إن وقع التفاوت وانعدمت المساواة في مدخلات أو مخرجات الشركة، وعند الشافعية إذا لم يراع في توزيع الربح مقدار الحصة المالية. وحتى على صعيد الفعل الواحد؛ فمثلاً في الوقت الذي أعطى الحنفية والحنابلة الحق للشركاء في تغيير نسب الربح بحسب الشرط دون اعتماد ما للشريك من حصة مالية، كان ذلك يستدعي فساد الشركة عند الشافعية.

- إن الباحث في موضوع الشركات يخلص إلى نتيجة مفادها أن نظام هذا العقد بما هو قائم على مبدأ الاشتراك في الغنم والغرم، فهو ميزان العدل الرباني الذي يمنع اعوجاج المعاملة وميلها إلى طرف على حساب الآخر؛ كما في المعاملات الربوية، أو القول بتضمين الأمين، أو انطلاق أحد الشركاء في تصرفاته شططا خارج مقتضيات العقد وغيرها.

- الفرق بين انحلال العقد-الفسخ- وانقضاء الالتزام؛ هو أن الانحلال يجعل المتعاقدين في حل من الرابطة التي كانت بينهما، ويستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل، أما انقضاء الالتزام؛ فيكون بتنفيذ الالتزام وأن يصل كل ذي حق إلى حقه^(١).

- من أسباب المشكلة الاقتصادية اليوم؛ رفع القيود من الدولة عن البنوك، من باب تحقيق قواعد السوق الحر-إطلاق كامل للتصرف-، وهو بخلاف ما في نظام الشركات من إطلاقات مضبوطة بغايات العقد ومآلات تطبيقه، هذا بالإضافة ما لفقّه القواعد والضوابط من آثار بربط معاهد الأحكام بمناطقها.

(١) الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ١/ ٥٧٨ - ٥٧٩ .

-توصي الباحثة بتطوير العمل في جمع ودراسة القواعد الفقهية بروح معاصرة، وأن تشمل الدراسة قطاعات أخرى حيوية؛ مثل القواعد الناظمة للعمل الإجتماعي التطوعي، أو ضوابط عمل المصارف الإسلامية.

-إن في تطبيق أحكام الشركات الشرعية ضمانات حقيقية لسلامة الاستثمار ونظافتها؛ وأن ما ينقصنا ليس العلم بأحكامها، ولكن توجه الرغبة الصادقة إلى تطبيقها .

المراجع

- إبراهيم، أحمد (١٩٤٩)، الالتزامات في الشرع الإسلامي، (ط١)، القاهرة: دار الأنصار .
- الأبجي، كوثر (١٩٩٦)، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، (ط١)، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
- أبوزيد، محمد عبد المنعم (١٩٩٦)، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، (ط١)، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي .
- اشبير، محمد عثمان (٢٠٠٦)، القواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، (ط١)، عمان: دار النفائس.
- الأصفهاني، الحسين بن محمد، (ت٥٠٢)، المفردات في غريب القرآن، (ط أخيرة) مطبعة الحلبي، ١٩٦١ .
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، (ط٣)، بيروت: المكتب الإسلامي .
- أمير بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الأمين، حسن (١٩٨٣)، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، (ط١)، جدة: دار الشروق.
- الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت٩٢٦) تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، (تحقيق خلف المطلق).
- الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت٩٢٦)، فتح الوهاب، (ط١)، دار الكتب العلمية: بيروت، ١٤١٨ .
- الباز، سليم (١٣٠٧)، شرح مجلة الأحكام العدلية، (ط٣).
- البخيت، محمود، (٢٠٠٣)، الشرط الجزائي في الفقه والقانون، وقائع مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، المجلد الثاني، جامعة الشارقة .
- البستاني، سعيد، (٢٠٠٤)، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية.
- البعلي، عبد الحميد، (١٩٩٠)، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي الواقع والآفاق، (ط١)، القاهرة: مكتبة وهبه.
- البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، ط١، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨ .
- البهوتي، منصور بن إدريس (ت١٠٥١)، الروض المربع شرح زاد المستقنع (ط١)، دار المؤيد، الرياض، ١٩٩٦ .
- البهوتي، منصور بن يونس (ت١٠٥١)، شرح منتهى الإرادات (ط٢)، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦ .

- البهوتي، منصور بن إدريس (ت ١٠٥١)،، كشف القناع عن متن الإقناع (ط ١)، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٩٩.
- البورنو، محمد صدقي (١٩٩٦)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- البورنو، محمد صدقي (٢٠٠٣)، موسوعة القواعد الفقهية، (ط ١)، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- البوسعيدي، عيسى (١٩٩٥)، محل العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان.
- بيه، عبدالله (١٩٩٨)، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، (ط ١)، دار ابن حزم .
- البيهقي، أحمد بن الحسين، سنن البيهقي، (تحقيق محمد عطا) مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٤.
- الترمذي، أبو عيسى محمد ابن عيسى (ت ٢٧٩هـ -)، سنن الترمذي، ٥م، (تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون) دار إحياء التراث، بيروت .
- التسولي، أبو الحسن بن عبدالسلام، (١٩٩٨)، البهجة شرح التحفة، ط ١، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد، الاختيارات الفقهية، اختارها علاء الدين البعلبي (ت ٨٠٣)، دار الفكر .
- ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى، ط ١، (جمع وترتيب عبدالرحمن قاسم)، مطبعة الحكومة، ١٣٨٦هـ .
- التهانوي، محمد علي، كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، (تحقيق علي دحروج)، مكتبة لبنان.
- الجرجاني، علي بن محمد، (١٩٣٨)، التعريفات، القاهرة: مطبعة البابي الحلبي.
- الجرهمي، عبدالله بن سليمان (١٩٩٦)، المواهب السنية شرح الفرائد البهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، (ط ٢)، دار البشائر .
- الجزري، أبو السعادات المبارك ابن محمد (ت ٦٠٦هـ -)، النهاية في غريب الأثر، (تحقيق طاهر الزاوي، و محمود محمد الطناجي)، المكتبة العلمية: بيروت.
- الجويني، عبدالملك بن عبدالله (٤٧٨ هـ)، الغياثي، (ط ٢)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
- حامد، حسين، (٢٠٠٠)، خصائص الاستثمار الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ١٩ (٢٢٣).
- الحجاوي، موسى بن أحمد (ت ٩٦٨)، الإقناع لطالب الانتفاع، (ط ٢)، (تحقيق عبدالله التركي)، دار عالم الكتب، ١٩٩٩.

- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي (ت ٨٥٢) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، (تحقيق عبدالله هاشم اليماني)، دار المعرفة: بيروت.
- حسن، أحمد (١٩٩٩)، الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، قيمتها وأحكامها، (ط ١)، دمشق: دار الفكر.
- الحطاب، محمد بن عبدالرحمن، (ت ٩٥٤)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.
- حماد، طارق، (٢٠٠٤) موسوعة معايير المحاسبة، القاهرة: الدار الجامعية.
- حمزه، محمود (١٩٨٦)، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، (ط ١)، دمشق: دار الفكر.
- الحمصي، علي نديم، شركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات.
- حمود، سامي (١٩٩٦)، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، (ط ١)، جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-البنك الإسلامي للتنمية.
- حمود، سامي (١٩٨٢)، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، (ط ٢)، عمان: مطبعة الشرق.
- الحموي، أحمد بن محمد (١٩٨٥)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، (ط ١)، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الحموي، نور الدين محمود المشهور بابن خطيب الدهشة (١٩٩٩)، مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي، (ط ٢) قطر: وزارة الأوقاف.
- الخرخشي، محمد بن عبدالله (ت ١١٠١)، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل، (ط ١)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.
- الخياط، عبدالعزيز (١٩٧١)، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (ط ١)، عمان.
- الدبوسي، عبيدالله، تأسيس النظر، (ط ١)، القاهرة: المطبعة الأدبية.
- الدريني، محمد فتحي (١٩٩٤)، بحوث فقهية في الفقه الإسلامي وأصوله، (ط ١)، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الذهبي، مصطفى، الرسالة الذهبية في المسائل الدقيقة المنهجية، القاهرة: مطبعة محمد الحموي.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمته مسائلها المشكلات، (ط ١)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨.

- الرصاع، محمد الأنصاري (ت ٨٩٤)، شرح حدود ابن عرفه، (ط ١)، (تحقيق محمد أبو الأجفان ، والطاهر الغموري)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٣.
- الروكي، محمد (١٩٩٨)، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقااضي عبدالوهاب، (ط ١)، دار القلم.
- الزحيلي، وهبه (٢٠٠٤)، المشاركة المتناقصة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٢٤ (٢٧٥) .
- الزرقاء، أحمد (٢٠٠١)، شرح القواعد الفقهية، (ط ٦)، دمشق: دار القلم.
- الزركشي، بدر الدين محمد (١٩٩٢)، البحر المحيط، ط ٢، الكويت: دار الصفوة .
- الزركشي، بدر الدين محمد، المنثور في القواعد، ط ١، الكويت، مؤسسة الفليج، ١٩٨٢.
- الزركلي، خير الدين محمود، (ت ١٣٩٦)، الأعلام، (ط ٥) دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٠.
- زيد الخير، المبروك بن علي (٢٠٠٦) تلخيص الفوائد وتجميع الفرائد شرح الألفية الفقهية على مذهب السادة المالكية، (ط ١)، بيروت: دار ابن حزم.
- سامي، فوزي محمد (٢٠٠٥)، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، (ط ١)، دار الثقافة.
- السرخسي، محمد بن أحمد (ت ٤٩٠)، المبسوط، (ط ١)، (تحقيق محمد حسن الشافعي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١.
- السعد، أحمد (٢٠٠٨)، الأسواق المالية المعاصرة، (ط ١)، إربد: دار الكتاب الثقافي .
- سعد، عبدالقادر (٢٠٠٧)، المشاركة كصيغة تمويل مصرفية، تجربة بنك فيصل الإسلامي السوداني (ط ١)، الخرطوم: المركز السوداني للبحوث والدراسات والتوثيق.
- السعدي، عبدالرحمن (١٩٩٨)، طريق الوصول إلى العلم المأمول بمعرفة القواعد والضوابط والأصول لابن تيمية وابن القيم، (ط ٢)، عمان: دار المعالي.
- السخدي، علي بن الحسين (١٩٧٦)، النتف في الفتاوى، بغداد: مطبعة الإرشاد.
- السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن (ت ٥٩١١)، الأشباه والنظائر، ط ١، (تحقيق عبدالكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠١.
- سوبرة، أنور مصباح (٢٠٠٤)، شركات استثمار الأموال، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- شحاتة، حسين (٢٠٠٥) الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للتضيض الحكمي في المعاملات المالية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الثامنة عشرة، العدد العشرون.
- شحاتة، حسين، أزمة النظام المالي العالمي في ميزان الاقتصاد الإسلامي، من موقع:

- شحاده، موسى(٢٠٠٤)العقبات والصعوبات التي تحول بين البنوك الإسلامية والتنمية،مجلة الاقتصاد الإسلامي،٢٣(٢٧٢).
- الشربيني، شمس الدين محمد(ت٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،(ط١)، بيروت، دار الكتب العلمية،١٩٩٤.
- شلهوب،صلاح،(٢٠٠٨)العقود المستقبلية في الفقه الإسلامي، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية ٦ / ٩ / ٢٠٠٨، العدد ٥٤٤٤.
- الشنقيطي، أحمد،(١٩٨٣) إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي،قطر،دار إحياء التراث الإسلامي.
- شيخ زادة،عبدالرحمن بن محمد(ت ٩٥٦)،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،المطبعة العثمانية،١٣٠٥.
- الصنعاني،محمد ابن إسماعيل،(ت٨٥٢هـ)،سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام،(ط٤)م٤،(تحقيق محمد عبد العزيز الخولي) دار إحياء التراث،بيروت،١٣٧٩هـ .
- الصوا،علي(١٩٩٢)،الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة، مجلة دراسات،١٩(١) .
- الطبطبائي،محمد(١٩٩٠)،العروة الوثقى،(ط١)،بيروت:الدار الإسلامية.
- طوموم،محمد(١٩٨٧)،الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي(ط٢).
- الطوفي،سليمان بن عبدالقوي(ت٧١٦) ،شرح مختصر الروضة، (ط١)،تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة،١٤١٠ هـ .
- عبابنة، محمود(٢٠٠٩)،الرقابة على الشركات وتطبيق مفهوم الحوكمة(ط١)،بحث من كتاب المشهد الأردني في المرحلة الجديدة،عمان:مكتبة عبدالحميد شومان.
- ابن عبد البر،أبو عمر يوسف بن عبدالله (ت٤٦٣هـ) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ،١١م،(تحقيق مصطفى العلوي و محمد البكري)،وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية : المغرب،١٣٨٧هـ .
- ابن عبدالسلام،عز الدين عبدالعزيز(ت٦٦٠)، قواعد الأحكام في مصالح الأئام،دار الشرق، القاهرة،١٩٦٨.
- العتبي،جهاد، قانون الشركات رقم ٢٢، لسنة ١٩٩٧ .

- العدوي، علي بن أحمد، (ت ١١١٢)، حاشية العدوي على الخرشي، (ط ١)، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧
- العلمي، عيسى بن علي الحسني، النوازل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٩٨٦.
- ابن العماد، عبدالحى (ت ١٠٨٩)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، (تحقيق لجنة إحياء التراث العربي).
- عمر، حسين (٢٠٠٠)، الجات والخصخصة، القاهرة: دار الكتاب الحديث.
- عمر، محمد عبد الحليم (٢٠٠٢)، الأسس الشرعية والمحاسبية لتوزيع الأرباح في المصارف الإسلامية، من وقائع دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة.
- العمراني، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، بحث نشر في تاريخ ١٤٢٦/٥/٢ عن موقع : almoslim.net
- ابن غازي، الكليات، مخطوط مصور عن المكتبة الوطنية بتونس، برقم ٣١١٥، ورقمها في مركز إحياء التراث ٢٥١، فقه مالكي.
- أبو غدة، عبدالستار (٢٠٠٢)، الانتماء من وقائع ندوة دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة .
- أبو غدة، عبدالستار (٢٠٠٠)، الاستثمار في الصكوك، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ١٩ (٢٢٤٤).
- الغزالي، محمد بن محمد (ت ٥٠٥)، معيار العلم في فن المنطق، دار الأندلس، بيروت.
- الغنيمي، عبدالغني (ت ١٢٩٨)، اللباب في شرح الكتاب (ط ٤)، (تحقيق محمد محي الدين)، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٦١.
- الفراء، محمد أبي يعلى، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت.
- قحف، منذر (٢٠٠٥)، التورق المصرفي في التطبيق المعاصر، مؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين.
- قحف، منذر (١٩٩٣)، دور فقه الشركات في نمو الفكر المالي، مجلة المسلم المعاصر، السنة السابعة عشرة، العددان ٦٧ - ٦٨.
- قحف، منذر (١٩٩٨)، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، (ط ٢)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة .
- ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد (ت ٦٢٠)، المقنع، المطبعة السلفية.
- ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد (ت ٦٢٠)، المغني (ط ١)، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥.

- القضاة، معن، شركات التمويل الإسلامية العاملة على الساحة الأمريكية، بحث منشور على Kdmain@hotmail.com الموقع الإلكتروني
- القرافي، شهاب الدين أحمد (ت ٦٨٤)، تنقيح الفصول في اختصار المحصول، (تحقيق محمد الشاغول)، المكتبة الأزهرية، ٢٠٠٥ .
- القرافي، شهاب الدين أحمد (ت ٦٨٤)، الفروق، (ط١)، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠٢ .
- القرطبي، محمد الأنصاري (ت ٦٧١)، الجامع لأحكام القرآن، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٧ .
- قليوبي، شهاب الدين، حاشيتان القليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، طبع أصح المطابع، بمبي .
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت ٥٨٧)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧ .
- كرم، عبد الواحد (١٩٩٧)، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، (ط٢)، عمان، دار الثقافة .
- الكرمي، مرعي بن يوسف، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، (حققه محمد زهير الشاويش)، دار السلام للطباعة والنشر .
- الكيلاني، عبدالرحمن إبراهيم، (١٩٩٩)، حجية القاعدة الفقهية، مؤتة للبحوث والدراسات، ١٤ (١) .
- كويل، برايان (٢٠٠٦)، دمج وشراء الشركات، (ط١)، دار الفاروق .
- اللجنة العلمية، (١٤٢٤)، بحث الحقوق المعنوية، موقع المسلم منشور في تاريخ ١٤٢٤/٧/٤ .
- الماوردي، علي بن محمد (ت ٤٥٠)، الحاوي الكبير، (تحقيق علي معوض)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤ .
- المجاجي، محمد (٢٠٠١)، أحكام الشركات في الفقه المالكي، (ط١)، المكتب الإسلامي .
- مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط (ط٣)، دار عمران .
- مخلوف، حسنين (١٩٨٧)، صفوة البيان لمعاني القرآن، (ط٣)، الكويت: وزارة الأوقاف الإسلامية .
- مخلوف، محمد، شجرة النور الزكية، دار الفكر للطباعة والنشر .
- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي (ت ٨٥٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (ط١)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٩ .
- المرغيناني، برهان الدين علي (ت ٥٩٣)، الهداية شرح بداية المبتدي (ط٢)، ١٠، دار الفكر، بيروت .

- مركز الاقتصاد الإسلامي دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية ، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، إدارة البحوث.
- مسلم، أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت، ٢٦١هـ) (الجامع الصحيح، ٥م، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي) دار إحياء التراث، بيروت.
- المصري، رفيف، مراجعة كتاب المضاربة بين النظرية والتطبيق لوسيم اللبابيدي.
- المصري، رفيف (١٩٩٩)، شركة الوجوه، دمشق، دار المكتبي .
- مصطفى، سراج الدين عثمان، بحث صيغ التمويل الإسلامي المستخدمة في إطار التجربة المصرفية السودانية، إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي التقليدي والإسلامي، ٢٠٠٢، إتحاد المصارف العربية .
- المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المذهب، جدة: مكتبة الإرشاد.
- المقرئ، محمد بن أحمد، (ت ٧٥٨)، القواعد، (تحقيق أحمد بن حميد)، مركز إحياء التراث، مكة المكرمة.
- ملحم، أحمد (٢٠٠٠)، التأمين التعاوني الإسلامي، ط ١، عمان.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن بكر (٧١١ هـ)، لسان العرب، ط ٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٣ .
- المنهاجي الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت ٨٩٠)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين الشهود، (ط ١)، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٥.
- ابن مودود، عبدالله، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت.
- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ط ١.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠ هـ)، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، ط ١، (تحقيق محمد غرايبه)، دار الفرقان، عمان، ١٩٩٩ م.
- الندوي، علي، جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار .
- الندوي، علي أحمد، (٢٠٠٠)، القواعد الفقهية، (ط ٥)، دمشق: دار القلم .
- ابن الهمام، كمال الدين محمد (ت ٨٦١)، التحرير في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، عن موقع www.iifef.com.
- الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية (٢٠٠٦)، فتاوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية في الفترة من ٢٠٠٠ - ٢٠٠٣، (ط ١)، بنك السودان.

- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار شرعي رقم ٦، ١٢، ٤٠ .
- الهييتي، عبدالستار(٢٠٠٢)،بطاقة الائتمان بين المصارف الإسلامية والمصارف الربوية من وجهة نظر الفقه الإسلامي،من وقائع ندوة دور المؤسسات المصرفية الاسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة.
- الهييتي، أحمد شهاب الدين، فتح الجواد بشرح الإرشاد، مطبعة البابي الحلبي،١٣٤٧ .
- ابن الوكيل، محمد بن عمر(١٩٩٣)،الأشباه والنظائر،(ط١)،الرياض:مكتبة الرشد .
- يسري،عبدالرحمن(٢٠٠٣)،وسائل التمويل الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٢٣ (٢٧١) .

ملحق ١

فهرس الآيات الكريمة

الصفحة	الآية الكريمة
٥	-وكان فضل الله عليك عظيما
١١	-وما أمر فرعون برشيد
٢٤	-لا يكلفه الله نفسا إلا وسعها
٣٠	-أم لهم شرك في السماوات
٣٣	-في لا يكون دولة بين الأنبياء منكم
٣٥	-فهم شركاء في الثلث
٦٩	-ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
٧١	-وإن تبتهم فلهم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون
٨٩	-فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله
١٣٨	-إن خير من استأجرتك القوي الأمين
٢٠١	-إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم
٢١٢	-قل عانتكم أعلم أم الله

ملحق ٢

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

<u>الصفحة</u>	<u>الحديث الشريف</u>
٢٤	- إذا دُبِعَ الْإِهَابُ فَقَدْ طُهِّرَ
١٠٠/٢٦	- الخراج بالضمان
٢٦	- ما أسكر كثيره فقليله حرام
٢٧	- من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم
٧٣/٣٠	- إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ أَنَا تَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ
٣٥	- الناس شركاء في ثلاث في الكلا والماء والنار
٤٣	- معاذ أنه أجاز بين أهل اليمن الشرك
٦٢	- أميركم زيد بن حارثة فإن قتل فجعفر بن أبي طالب فإن قتل فعبد الله
٧١	- لا تشاركن يهوديا، ولا نصرانيا، ولا مجوسيا؛ لأنهم يربون والربا لا يحل
٣٠٢/٧٣	- دَفَعَ إِلَى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ وَأَرْضَهَا عَلَى أَنْ يَعْتَمِلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ
٩٧	- على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي
١٠١	- نهى صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن .
١٣٢	- اشْتَرَكْتُ أَنَا وَعَمَّارٌ وَسَعْدٌ فِيمَا نُصِيبُ يَوْمَ بَدْرٍ
١٦٥	- بَعَثَ حَكِيمَ بْنَ حَزَامٍ يَسْتَتِرِي لَهُ أضحيةً يدينار
٢٣٣	- كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه
١٩٠	- من سئل عن علم فكتمه ألجمه الله بلجام من نار يوم القيامة
١٩٤	- أقبِلوا لذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود
٢٠١	- الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ
٢٠٥	- كنت شريكي فنعمة الشريك كنت لا تداري ولا تماري
٢٠٦	- الثالث و الثلث كثير
٢٠٧	- سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحُمُرِ فقال ما أنزل عليّ فيها شيءٌ إلا هذه الآية
٢١٤	الجامعة الفادة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره
٢٦١	- لا ضرر ولا ضرار
٢٦٦	- عن رافع بن خديج: كنا أكثر الأنصار أرضا
٢٦٦	- مثل المؤمن كالتاجر

Jurisprudence Controls in Companies and its Contemporary Applications

By

Abeer Ribhi Shaker Qadoumi

Supervisor

Dr. Mahmoud Ali Al Sartawi, Prof.

Abstract

This study discusses the Islamic Jurisprudence controls and special rules in companies issue in terms of their basics and conditions of these basis, and the Islamic Jurisprudence rulings in the various forms of company's functions management: Assets, functions, debts, partnership, sharecropping contracts, and crop contracts for one period, which without them, the opportunity of sharing profit, which is the purpose of partners endeavor would not be possible.

The significance of Jurisprudence controls lie in its regulatory role, by which Jurisprudence other branches are governed, and what benefits comes. Lie in the simplicity to retain them, and the ability of interference of what its rule has proved, furthermore, they are a sharing support against what develops and what is new.

These controls are discussed in introductory chapter and other four detailed chapters:

The Introductory chapter discusses what Jurisprudence controls mean, its relationship with relevant terms with providing illustrative example for each term. While I provided in chapter one the special Jurisprudence controls for company works basis from the manner and contractors and the contract parts: work and money.

discussed in the second chapter the Jurisprudence controls in the company's management according to its controlling the company with its various departments and what these controls indicate of practical rules in the past and present and Jurisprudence controls in partnership contracts and what follow that result from the combination of work and money elements with a special set of rules.

Chapter three discusses the special Jurisprudence control of company greatest basis that is profit and loss in the company's various departments. I discussed at level of profit and losses controls within the company's branches, and what special departments have of controls.

In chapter four I discussed the Jurisprudence controls relevant to the liquidation (end) of the company and the practical effects that result from the company ending with all its types: involuntary or voluntary.

And the sharing procedures which must be taken after the company's liquidation.

The study revealed the result that indicates: the sharing principle of profit and loss is the sharing assurance and practical security for the transactions safety and fairness, and everything that violates this principle shall end in the transaction's damage and the change of its determinants to correct this damage.